

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

Faculdade de Direito

PAULO ROBERTO DE SOUZA

**ELEMENTOS PARA UM DELINEAMENTO DO PERFIL DO
MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA DOGMÁTICA DO
PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito das Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni

Curitiba
2003

**ELEMENTOS PARA UM DELINEAMENTO DO PERFIL DO
MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DA DOGMÁTICA DO PROCESSO
CIVIL CONTEMPORÂNEO**

por

Paulo Roberto de Souza

Tese aprovada como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutor, no Curso de Pós-
graduação em Direito da Universidade Federal
do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:

ORIENTADOR: Prof. Dr. Luiz Guilherme B. Marinoni

Prof. Dr. Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Prof. Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Prof. Dr. Edson Ribas Malachini

Prof. Dr. Luiz Rodrigues Wambier

Curitiba
2003

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, João e Aparecida.

À minha esposa, Nilza.

Aos meus filhos, Michel Roberto, Paulo Henrique e João Vítor.

*A todos os que sofrem em razão do vazio do nada
e a todos os que sofrem em razão do vazio do excesso.*

AGRADECIMENTOS

Ao Deus Pai Eterno, pelo excesso de bondade.
À minha mãe, Aparecida, pelo excesso de cuidados e amor.
À minha querida esposa, a quem devo, e muito, por tudo.
Aos anjos e santos, pela inestimável ajuda e proteção.
Ao meu ilustre orientador, pelo excesso de colaboração e atenção.
Aos meus Amigos, Francisco Pinto Rabello Filho e sua esposa Vânia,
pela inestimável amizade, colaboração e incentivo.
À minha irmã, Aparecida Donizeti, pela presteza e dedicação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO..... 15

CAPÍTULO I

A NOVA DOGMÁTICA DO PROCESSO CIVIL

1. Considerações gerais..... 22

2. O déficit de efetividade do processo civil clássico..... 25

3. As superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico em razão de seu déficit de efetividade..... 28

 3.1 A contextualização do problema da efetividade..... 28

 3.2 A efetividade como matriz da plenitude e flexibilização dos instrumentos e técnicas processuais..... 33

 3.3 Os caminhos da busca da efetividade: uma solução néo-pragmática? – Breves referências aos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo..... 34

 3.4 O modelo de tutelas diferenciadas específicas na vigência do processo civil clássico: solução néo-pragmáticas?..... 40

 3.5 A superação do obstáculo representado pelo distanciamento do direito material – uma ordem jurídica justa e a efetividade da tutela jurídica..... 47

 3.6 A efetividade como um problema em si - o problema da efetividade da tutela jurídica..... 47

 3.7 O problema da efetividade da tutela jurídica sob a ótica do instrumento para o exercício da atividade jurisdicional: o processo..... 49

 3.8 A superação dos obstáculos representados pela intangibilidade da vontade humana e pela universalização da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia – a primazia da tutela do direito na forma específica..... 49

4. Uma breve referência à hermenêutica adequada para a nova dogmática processual civil..... 53

CAPÍTULO II

DA TUTELA DOS DIREITOS

1. Considerações gerais..... 55

2. Tutela jurisdicional dos direitos..... 57

 2.1 Considerações gerais..... 57

 2.2 Elementos para a configuração da tutela jurisdicional adequada..... 62

CAPÍTULO III

OS RESULTADOS PREORDENADOS NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL: O PROBLEMA DA SANÇÃO

1. Considerações gerais..... 65

2. O problema da disciplina do ilícito para a efetividade da tutela jurídica: a necessidade

de distinção das categorias do ilícito e do dano.....	66
3. A necessidade de compreensão da efetividade da tutela jurídica a partir do resgate da compreensão da tutela sancionatória como característica do processo civil contemporâneo.....	73
4. A necessidade de revisitação do conceito de sanção.....	74
4.1 Norma sancionatória – importância da compreensão de sua estrutura hipotética.....	79
4.2 A importância da sanção para a efetividade da tutela jurídica: a sanção como um posicionamento do ordenamento jurídico em relação à violação do direito.....	82
4.3 Os processos sancionatórios: a formulação da vontade sancionatória abstrata e concreta (aplicação da sanção) e atuação da sanção (execução coativa da sanção).....	87
4.4 A sanção em sentido material e a sanção em sentido processual.....	91
4.5 Sanção preventiva e sanção repressiva – a necessidade de revisão do critério de identificação.....	94
4.6 Uma breve referência ao problema da classificação das sanções.....	96

CAPÍTULO IV

DA TUTELA DE SEGURANÇA

1. Considerações gerais.....	106
2. A tutela de segurança: modo de tutela dos direitos consistente na declaração de sua inviolabilidade.....	111
3. A tutela de segurança – uma questão de comprometimento com a efetividade da tutela jurídica: a preordenação dos resultados e dos meios no plano do direito substancial.....	113
4. Breve conclusão sobre o conceito de tutela de segurança.....	114
5. Classificação da tutela de Segurança - a tutela de segurança quanto à finalidade: tutela de segurança satisfativa e tutela de segurança cautelar.....	117
6. O problema da pretensão à Segurança – o risco de periclitização.....	119
7. A dimensão constitucional da tutela de segurança: uma tutela jurídica qualificada pela adequação – princípio da plenitude dos instrumentos processuais e flexibilização das técnicas processuais.....	124
8. O princípio da fungibilidade da tutela de segurança.....	127
9. A tutela de segurança dos direitos fundamentais.....	130
10. Tutela de segurança contra o Poder Público e tutela de segurança contra o Poder Privado: Poder Público e Poder Privado – uma breve reflexão sobre o problema da (des) regulação e os novos campos do poder contemporâneo numa perspectiva pós-moderna.....	131
10.1 Considerações gerais.....	131
10.2 Um breve olhar sobre os novos campos do poder contemporâneo na perspectiva do direito num mundo de transição para a pós-modernidade.....	134
10.2.1 O problema da abordagem pós-moderna em direito.....	136
10.2.2 As Vias de acesso ao direito pós-moderno.....	136
10.2.3 Característica da pós-modernidade em direito: preocupação de susperação do paradigma “moderno”.....	141
10.2.4 Limitações externas e superiores em certos âmbitos de atuação dos	

poderes estatais.....	142
10.2.5 A esfera privada dotada de poder político: a <i>soberania privada</i>	145
10.2.6 A grande transformação: a constituição de um poder estratégico conjunto dos agentes da esfera privada – a soberania privada supraestatal e a soberania difusa	146
10.3 O Problema constitucional à luz das diretrizes políticas e os direitos estatais determinados pela nova <i>lex mercatoria</i>	148
10.3.1 O Estado necessário.....	149
10.3.2 O Estado adequado ao novo campo de poder contemporâneo (I): o Estado aberto.....	150
10.3.3 O Estado adequado ao novo campo de poder contemporâneo (II): o Estado de Direito.....	151
10.3.4 O constitucionalismo e a Constituição como produto do pensamento político-jurídico moderno.....	152
10.4 A Constituição numa perspectiva pós-moderna: a Constituição como salvaguarda da democracia e dos direitos humanos.....	153
10.4.1 O problema da indisponibilidade de direitos pelo poder político – o governo <i>sub lege</i>	158
10.4.2 A <i>esfera do indecível I</i> : o Estado constitucional de direito.....	159
10.4.3 A <i>esfera do indecível II</i> : o Estado de direito democrático.....	160
10.4.4 A <i>esfera do indecível III</i> : os direitos concebidos deontologicamente.....	161
10.4.5 A abordagem pós-moderna do direito constitucional: superação do positivismo e manutenção da positividade – o problema dos paradigmas liberal e social como problema do fundamento do Direito pós- moderno.....	164

CAPÍTULO V

TUTELA JURISDICIONAL EM SENTIDO AMPLO: MEIOS OU TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS PARA OBTENÇÃO DOS RESULTADOS PREORDENADOS NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL

1. Considerações gerais.....	169
2. As técnicas processuais à luz do princípio da plenitude dos instrumentos processuais e da flexibilização da tutela jurisdicional como instrumento da adequação da tutela jurisdicional dos direitos à luz da realidade fática e social.....	171
3. Técnicas coercitivas.....	173
3.1 Considerações gerais.....	173
3.2 Técnicas coercitivas em espécie.....	176
3.2.1 Considerações sobre as técnicas coercitivas diretas.....	176
3.2.2 Considerações sobre as técnicas coercitivas indiretas.....	180
3.2.2.1 Espécies de técnicas coercitivas indiretas.....	184
4. A técnica dos provimentos jurisdicionais.....	187
4.1 O conceito de provimento.....	188
4.2 O problema conceitual dos provimentos jurisdicionais.....	188
4.3 Classificação dos provimentos jurisdicionais à luz da sua aderência ao direito substancial.....	189
4.3.1 Considerações preliminares.....	189
4.3.2 Técnica de provimento jurisdicional declaratória.....	191

4.3.3 Técnica de provimento jurisdicional constitutiva.....	196
4.3.4 Técnica de provimento jurisdicional condenatória.....	197
4.3.5 Técnica de provimento jurisdicional executiva.....	201
4.3.5.1 Ação executiva <i>lato sensu</i>	209
4.3.6 Técnica de provimento jurisdicional mandamental.....	213
4.3.6.1 Considerações gerais.....	213
4.3.6.2 Teoria da ação mandamental em Pontes de Miranda.....	216
4.3.6.3 Teoria da ação mandamental em Ovídio A. Baptista da Silva.....	218
4.3.6.4 Teoria da ação mandamental em Luiz Guilherme Marinoni.....	221
4.3.6.5 Teoria da ação mandamental em Eduardo Talamini.....	222
4.3.6.6 A ação mandamental na concepção de outros processualistas.....	225
4.4 A compreensão da tutela jurisdicional e das técnicas de tutela na teoria de Luiz Guilherme Marinoni.....	230
5. Técnicas cognitivas.....	232
5.1 Considerações gerais.....	232
5.2 Conceito de cognição.....	234
5.3 Princípios informativos da cognição.....	236
5.3.1 Princípio dispositivo.....	236
5.3.2 Princípio inquisitório.....	236
5.3.3 Princípio da indeclinabilidade.....	237
5.3.4 Princípio da imparcialidade.....	237
5.4 Objeto da cognição.....	239
5.5 Classificação da cognição.....	240
5.6 Cognição exauriente <i>secundum eventum probationis</i>	244
5.7 Cognição e execução.....	246
5.8 A cognição da objeção como critério de publicização do objeto do processo.....	247
5.9 A cognição e a declaração: cognição necessária e cognição suficiente para a declaração.....	248
5.10 O problema da certeza da obrigação decorrente do fato da sentença: o efeito material secundário consistente na certeza da existência da obrigação.....	257
5.11 A cognição plena e exauriente como elemento conceitual essencial da coisa julgada material.....	258

CAPÍTULO VI

A TUTELA JURISDICIONAL EM SENTIDO ESTRITO: O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS COM BASE NO CRITÉRIO DO RESULTADO A SER OBTIDO NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL

1. Considerações gerais.....	260
2. A proposta de classificação das tutelas jurisdicionais por Cândido Rangel Dinamarco.....	262
3. A proposta de classificação das tutelas jurisdicionais por Luiz Guilherme Marinoni....	265
3.1 Considerações gerais.....	265
3.2 Breves observações sobre a classificação das tutelas proposta por Luiz Guilherme Marinoni.....	265
3.3 As tutelas voltadas contra o dano: tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia e na forma específica na concepção de Luiz Guilherme Marinoni.....	270
3.4 As tutelas voltadas contra o ilícito e o inadimplemento: as tutelas inibitória,	

reintegratória e do inadimplemento, na concepção de Luiz Guilherme Marinoni.....	272
3.4.1 Considerações gerais.....	272
3.4.2 Tutela inibitória.....	273
3.4.2.1 O problema conceitual da tutela inibitória: uma das espécies de tutela jurisdicional voltada contra o ilícito mediante técnica mandamental.....	277
3.4.2.2. Uma revisão conceitual da tutela inibitória – a inserção da técnica coercitiva direta no âmbito da tutela inibitória.....	281
3.4.3 Breve referência à tutela do inadimplemento da obrigação contratual na forma específica.....	284
3.4.4 Análise crítica das classificações das tutelas jurisdicionais a partir do resultado preordenado no plano do direito substancial.....	285
3.5 O problema da compreensão das locuções: “tutela sancionatória”, “tutela repressiva”, “tutela preventiva”, à luz da nova dogmática do processo civil contemporâneo.....	293
3.5.1 Considerações gerais.....	293
3.5.2 Uma revisão da compreensão das locuções tutela sancionatória, tutela preventiva e tutela repressiva.....	298
3.5.3 Tutela preventiva.....	300
3.5.3.1 Considerações gerais.....	300
3.5.3.2 Breves considerações sobre a tutela preventiva e o princípio geral de prevenção: a tutela de segurança como fundamento da tutela preventiva.....	301
3.5.3.3 O tempo do processo: o dano dele decorrente e a necessidade de prevenção.....	302
3.5.3.4 Conceito.....	303
3.5.3.5 Objeto da cognição nas tutelas preventivas.....	305
3.5.3.6 Técnica de tutela adequada para prevenção do ilícito.....	306

CAPÍTULO VII

O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO COMO UM SISTEMA GENÉRICO DE TUTELA DIFERENCIADA CARACTERIZADO PELA LIBERDADE DE CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PECULIARIDADES DO DIREITO SUBSTANCIAL

CAPÍTULO VIII

ASPECTOS RELEVANTES DA DOUTRINA DO MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO

1. Considerações gerais.....	314
2. Breves notas sobre institutos similares ao mandado de segurança no direito comparado enquanto modos de tutela dos direitos fundamentais.....	317
2.1 Considerações preliminares.....	317
2.2 O <i>Juicio de Amparo</i> no México.....	320

2.3 O <i>Juicio de Amparo</i> na Argentina.....	325
2.4 Os <i>Writs</i> Anglo-americanos.....	330
3. Breves notas sobre a evolução do mandado de segurança no direito brasileiro.....	333
4. Mandado de segurança: o problema da construção de sua doutrina à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico.....	341
4.1 O mandado de segurança como um modo particular de rompimento com a <i>ordinariedad</i>	341
4.2 A necessidade de construção da doutrina do mandado de Segurança à luz dos pressupostos do processo civil clássico.....	344
4.3 O aspecto paradigmático assumido pelo mandado de Segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico – uma “via estreita”.....	346
4.4 O aspecto de complementariedade do mandado de segurança.....	346
4.5 O mandado de segurança como tutela “ <i>in natura</i> ” voltada contra o ilícito.....	348
4.6 O problema da natureza jurídica do mandado de segurança à luz dos pressupostos do processo civil clássico.....	351
5. Breves notas conclusivas.....	360

CAPÍTULO IX

O MANDADO DE SEGURANÇA NA PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: CONTRIBUIÇÃO PARA UM DELINEAMENTO DO SEU PERFIL E CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA

1. Considerações Gerais.....	363
2. O problema atual para a construção doutrinária do mandado de segurança.....	364
2.1 O retorno da temática da tutela dos direitos como consequência da abertura do processo para o direito substancial: a tutela de segurança genérica como paradigma do processo civil contemporâneo.....	365
3. Reflexões sobre o mandado de segurança à luz da distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo.....	366
3.1 O mandado de segurança como modo de tutela jurisdicional de segurança satisfativa em sentido estrito.....	369
3.1.1 Considerações gerais.....	369
3.1.2 O problema da classificação do mandado de segurança enquanto tutela jurisdicional em sentido estrito.....	370
3.1.3 O problema da tutela ressarcitória mediante mandado de segurança.....	371
3.1.3.1 Considerações gerais.....	371
3.1.3.2 A tutela ressarcitória específica mediante mandado de segurança como resgate da sua natureza de tutela específica: o problema da tutela dos direitos não-patrimoniais conexos aos direitos patrimoniais.....	372
3.1.4 A tutela inibitória mediante mandado de segurança.....	374
3.1.4.1 Considerações gerais.....	374
3.1.4.2 Mandado de Segurança preventivo e mandado de Segurança repressivo à luz da tutela inibitória.....	375
4. A aplicação subsidiária das técnicas coercitivas genéricas introduzidas pelo art. 461 do CPC ao mandado de segurança: a técnica coercitiva direta como problema para a viabilidade do mandado de segurança, para a tutela inibitória preventiva executiva e a tutela reintegratória e o impacto sobre o problema da mandamentalidade da tutela	

de segurança satisfativa mediante mandado de segurança.....	378
4.1 A tutela dos direitos contratuais mediante mandado de segurança.....	387
4.2 O mandado de segurança como tutela jurisdicional em sentido amplo – o problema das técnicas de tutela mediante mandado de segurança.....	389
4.2.1 A mandamentalidade no mandado de segurança em razão da adoção da técnica coercitiva direta - técnica executiva em mandado de segurança.....	390
4.2.2 A mandamentalidade no mandado de segurança em razão da adoção da tutela declaratória.....	395
4.2.2.1 A mandamentalidade no mandado de segurança, a tutela declaratória, o problema da lei em tese, o ilícito de repetição da lesão e o caráter normativo.....	396
4.2.2.2 A mandamentalidade no mandado de segurança e os novos problemas do alcance da tutela declaratória.....	402
4.2.3 Ainda sobre o problema da negação da natureza normativa do mandado de Segurança: um déficit em relação à tutela de segurança genérica.....	409
5. Outras reflexões sobre a superação dos aspectos paradigmáticos do mandado de segurança.....	409
5.1 Considerações gerais.....	409
5.2 O problema da construção da doutrina do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil clássico a partir do critério de compreensão da tutela jurisdicional como resultado preordenado no plano do direito substancial.....	412
5.3 O problema atual da natureza do mandado de segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo.....	413
5.4 O mandado de Segurança e o concurso com as vias ordinárias potencializadas genéricas: o mandado de segurança e o processo-Sansão- pós-moderno.....	417
5.5 A técnica processual no mandado de segurança à luz do princípio da plenitude dos instrumentos processuais e da flexibilização da tutela jurisdicional como instrumento da adequação da tutela jurisdicional dos direitos à luz da realidade fática e social – a questão da infungibilidade.....	426
5.6 Legitimidade passiva: o problema da autoridade coatora – o seu papel no processo da tutela de Segurança.....	429
5.6.1 Indicação errônea da autoridade coatora.....	438
5.6.2 Deslocamento da autoridade coatora como violação do direito fundamental de acesso à justiça.....	445
5.6.3 A necessidade de superação da obsessiva focalização do problema da autoridade substituindo-a pela focalização da violação do direito em si....	446
5.6.4 Desobediência da ordem emanada em mandado de segurança.....	448
5.6.4.1 O problema da definição do responsável pelo encargo decorrente da multa em mandado de segurança.....	452
5.6.5 O mandado de segurança contra condutas ilícitas de particulares.....	455
CONCLUSÃO.....	464
BIBLIOGRAFIA.....	472

LISTA DE ABREVIATURAS

abr. – abril
AMS. – Ação em Mandado de Segurança
ApMS – Apelação em Mandado de Segurança
art. – art.
Art. – Artigo
arts. – artigos
atual. – atualizada
c.c. – combinado com
c/c combinado com
CC – Código Civil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
cit. – citado
Coord. – Coordenador
CPC – Código de Processo Civil
Dec-lei – Decreto Lei
DOU – Diário Oficial da União
ed. – edição
ex. – exemplo
jan. – janeiro
jul. – julho
jun. – junho
LMS – Lei do Mandado de Segurança
mar. – Março
Min. Ministro
n. – número
nº – número
Op. cit. – Obra citada
Org. – Organizador
p. – página
RePro – Revista de Processo
rev. – revista
RT – Revista dos Tribunais
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência (STF)
set. – setembro
SP – São Paulo
ss. – seguintes
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
t. – tomo
TRF – Tribunal Regional Federal
v. – volume

RESUMO

As profundas reformas, recentemente introduzidas no ordenamento processual brasileiro, oportunizaram uma análise comparativa do histórico instituto do mandado de segurança. À luz do novo paradigma dogmático do processo civil contemporâneo constatou-se que o mandado de segurança, embora tenha representado um importante modo particular de rompimento com o processo civil clássico, assumiu um caráter paradigmático em si mesmo. Num contraste entre o paradigma dogmático do mandado de segurança e o paradigma dogmático do processo civil contemporâneo, foram examinados alguns dos principais aspectos do mandado de segurança, os quais permitira constatar algumas de suas características anacrônicas em relação ao novo processo civil. A exagerada importância na indicação da autoridade coatora, a extinção do processo no caso de não-demonstração do direito líquido e certo e o não-aproveitamento dos efeitos materiais secundários da sentença de mérito procedente, com a remessa das partes às vias ordinárias são características do déficit representado por esse modo de tutela de segurança satisfativa. Isso porque, as vias ordinárias já não comungam com a ordinariedade do processo civil clássico, porque estão dotadas de instrumentos e técnicas caracterizados pela plenitude, flexibilidade e plasticidade necessários ao momento em que vivemos. A conclusão a que se chega é no sentido da necessidade de superação do caráter paradigmático assumido pelo mandado de segurança, a fim de que lhe seja dotado de instrumentos e técnicas processuais caracterizadas pela necessária plenitude, flexibilidade e plasticidade. Por essa razão, buscou-se o delineamento de alguns elementos para a modelagem de um perfil para o mandado de segurança, à luz da dogmática do processo civil contemporâneo, para a superação dos aspectos anacrônicos constatados na dogmática do paradigma do mandado de segurança.

ABSTRACT

The deep reforms, recently introduced into the Brazilian processual ordainment, gave opportunities to a comparative analysis of the historic institute of writ of mandamus. Through the new dogmatic paradigm of the contemporaneous civil law, it was realised that the writ of mandamus, although it has represented an important particular way of rupture in the classical civil law, it has assumed a paradigmatic character itself. In a contrast between the dogmatic paradigm of the writ of mandamus and the dogmatic paradigm of the contemporaneous civil law, some of the main aspects of the writ of mandamus were examined, the ones which would permit to notice some of its anachronist features in relation to the new processual law. The exaggerated importance of the compulsory authority, the extinction of the process in case of non-demonstration of probable right and the non-profit of the secondary material effects of the proceeding merit sentence, with sending from the parties to the ordinary ways, are characteristics of the deficit represented by this way of satisfying security mandamus. This is because, the ordinary ways do not communicate with the normality of the classical civil law, as they own instruments and technics characterised by the needed plenitud, flexibility and plasticity to the moment we live. The conclusion that we reach is towards the necessity of overcoming the paradigmatic character assumed by the writ of mandamus, in order to own processual instruments and technics characterised by the needed plenitude, flexibility and plasticity. For this reason, we pursued the delineation of some elements to shape a new outline to the writ of mandamus, through the contemporaneous civil law dogmatic, to overcome the anachronist aspects noticed in the dogmatic paradigm of the writ of mandamus.

INTRODUÇÃO

O mandado de segurança tem sido objeto de investigação constante pela doutrina brasileira, a qual tem-se esmerado em fornecer sua definição real. Essa necessidade decorre do fato de o mandado de segurança constituir-se num modo de tutela jurídica criado para a tutela de direitos que, levando-se em linha de consideração certas peculiaridade do direito substancial, não eram atendidos adequadamente pelo modelo de tutela jurisdicional até então disponível no ordenamento jurídico.

A experiência doutrinária e jurisprudencial demonstrou que o uso do mandado de segurança seguiu um trato casuístico, caracterizado pelo seu emprego quase que generalizado, transformando-o em uma “panacéia judiciária, capaz de curar todos os males”, nas palavras de Víctor Nunes Leal.¹ Essa utilização do mandado de segurança não estava de acordo com o pensamento jurídico que nela enxergava um uso indiscriminado e que, assim, acabava “subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso direito processual”.² Para evitar esse uso indiscriminado e a subversão das regras mais sólidas do direito processual civil, Víctor Nunes Leal³ já advertia para a necessidade da construção de uma doutrina do mandado de segurança.

Essa proposta de construção de uma doutrina do mandado de segurança estava condicionada por um modelo de tutela jurisdicional onde o mandado de segurança consistia, em si, em uma grave subversão das regras mais sólidas do direito processual, razão pela qual havia de estabelecer-se os limites de cobertura desse novo instrumento. E o esforço da doutrina e da jurisprudência para a construção da

¹ LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 441.

² LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de direito público*, p. 441.

³ LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de direito público*, p. 441.

doutrina do mandado de segurança desenvolveu-se no contexto de limitação na aplicação do instituto. Essa a razão de todo o esforço envidado não ter alcançado o desiderato de construção de uma doutrina do mandado de segurança, já que em torno do mesmo gravitam as mais sérias controvérsias, as quais levaram Adhemar Ferreira Maciel,⁴ recentemente, a retomar a advertência feita por Víctor Nunes Leal e a reafirmar a necessidade de se construir a doutrina do mandado de segurança.

À luz dessa necessidade é que se desenvolve o presente trabalho, no afã de contribuir para esse processo de construção da doutrina do mandado de segurança, procurando analisar alguns elementos para modelagem de um perfil do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo.

O caráter subversivo do mandado de segurança equívale à sua característica de modo particular de rompimento com o paradigma do processo civil clássico, em especial uma quebra do paradigma da *ordinariedade*. No presente trabalho, esse caráter de quebra da *ordinariedade* é examinado a partir de algumas das principais controvérsias em torno do mandado de segurança, buscando suas causas, as quais, via de regra, estão assentadas na tensão entre a inadequação do processo civil clássico para atender as peculiaridades do direito substancial e a necessidade de tutela aderente a essas peculiaridades.

Ao mesmo tempo em que o mandado de segurança representou um modo particular de rompimento com os pressupostos do processo civil clássico, tornou-se ele uma paradigma em si. Esse caráter paradigmático do mandado de segurança implica a necessidade de uma revisitação de seus aspectos essenciais, a fim de confrontá-lo com os pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. A identificação dos pressupostos teóricos que originaram as principais controvérsias que gravitam em torno do mandado de segurança permite uma revisitação do caráter

⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre a liminar no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 231.

de atualidade dessas controvérsias, à luz da identificação da superação e substituição desses pressupostos teóricos. Nessa linha de raciocínio, constata-se que a introdução, no ordenamento jurídico positivo brasileiro, de novas tutelas jurisdicionais, consequência das recentes reformas das leis processuais, tornou oportuna a revisitação do mandado de segurança. Essa revisitação afigura-se oportuna na medida em que, ao deitar olhos nas raízes conceituais do mandado de segurança, se propõe a contribuir para a construção da doutrina do mandado de segurança.

No que tange aos aspectos conceituais do mandado de segurança, impõe-se examinar a questão da tutela de segurança, a qual, nos termos genéricos em que restou positivada no plano constitucional, enquanto declaração de inviolabilidade dos direitos, resta compreender o mandado de segurança como espécie de tutela de segurança satisfativa. Assim, o contraste entre a tutela de segurança genérica e a tutela de segurança mediante mandado de segurança, ocorre no plano da relação gênero-espécie, onde o mandado de segurança é uma espécie do gênero consistente na tutela de segurança. Nessa seara importa examinar a tutela de segurança à luz da superação dos pressupostos teóricos informativos do paradigma da ordinaryness.

Por essa razão, o rompimento ainda mais profundo com os pressupostos teóricos processo civil clássico, nos moldes do novo processo civil contemporâneo, impõe o exame da natureza jurídica do mandado de segurança, em especial do aspecto de sua mandamentalidade, que se lhe afigura peculiar. Essa tarefa exige um posicionamento no que tange ao conceito de sentença ou tutela mandamental, dentro do contexto de uma teoria dos provimentos mandamentais, também revestidos do caráter de generalidade. Nessa mesma seara, examinar-se-á o mandado de segurança à luz de sua natureza potenciada, cuja peculiaridade permite a investigação da natureza do mandado de segurança quando da utilização de técnica de coerção direta caso em que lhe resta acentuada a natureza executiva. Essa peculiaridade, decorrente da potencialidade do mandado de segurança, permite

compreender a existência não só de um, mas de vários mandados de segurança, na medida em que, sob a ótica da demanda, há uma variedade de tutelas de segurança veiculadas através do mandado de segurança.

Para tanto, o eixo metodológico adotado consistiu no pressuposto teórico consistente na distinção entre ilícito e dano e na revisitação do conceito de sanção e a sua distinção entre sanção do ilícito e sanção do dano. Por outro lado, o exame privilegiou outro pressuposto teórico do processo civil contemporâneo, consistente na compreensão da tutela jurisdicional a partir de dois critérios: o do resultado no plano do direito substancial e os meios ou técnicas processuais de tutela; aquela denominada tutela jurisdicional em sentido estrito; esta, tutela jurisdicional em sentido amplo.

Nesse diapasão, constata-se que o exame do mandado de segurança pode ser feito sob duas perspectivas: a primeira, consistente na variedade de tutelas dos direitos mediante o mandado de segurança;⁵ a segunda, consistente no elemento comum à todas as tutelas de direitos mediante mandado de segurança. Constata-se que mesmo diante da pluralidade de tutelas de direitos mediante o mandado de segurança, apresentam em comum: as técnicas coercitivas, as técnicas de provimentos e as técnicas de cognição.

Isso permite a revisitação do mandado de segurança, na perspectiva de uma “via estreita”, e na sua atual utilidade, num contraste com uma “via ordinária interditalizada”, dotada de tutela em sentido amplo genérica, com técnicas processuais genéricas, técnicas coercitivas e técnicas cognitivas genéricas, informada pelo princípio da plenitude de instrumentos e técnicas processuais, com a flexibilização e plasticidade necessárias, ou seja: o processo-Sansão-pós-moderno. Para ser mais exato, permite o examine das vantagens da tutela mandamental

⁵ Nesse sentido, veja-se a proliferação de monografias que versam sobre o mandado de segurança nos mais diversos ramos do direito (tributário, administrativo, em matéria de desapropriação, etc.).

genérica em contraste com o mandado de segurança - via estreita, conforme costuma acentuar a jurisprudência. De outro lado, a desvantagem do mandado de segurança, em relação à exigência do direito líquido e certo, porque, a rigor, pode-se obter uma tutela jurisdicional adequada à urgência e atrelada à exigência de verossimilhança sem descartar a dilação probatória. Isso recoloca o problema do papel do “autor do ilícito” – autoridade coatora – como mero terceiro, na relação processual instaurada pelo mandado de segurança. Por outro lado, o cabimento do mandado de segurança para todas as modalidades de tutelas, tanto as voltadas contra o ilícito quanto as voltadas contra o dano, inclusive a tutela ressarcitória na forma específica, para a tutela dos direitos fundamentais, de forma direta ou conexa, implica na compreensão da necessidade de revisitação de toda a fundamentação do mandado de segurança.

Por fim, a constatação de uma tutela mandamental dirigida contra a pessoa jurídica de direito público ou privado, que pode ser instrumentada com a antecipação de tutela, com base em juízo de verossimilhança, sem descartar a dilação probatória, implica no exame de um eventual déficit apresentado pelo mandado de segurança, cujo procedimento não permite dilação probatória. Por outro lado, sob o aspecto paradigmático anacrônico, consistente na indicação da autoridade coatora, cujas consequências são relevantes para o exercício do mandado de segurança, em contraste com a tutela mandamental genérica, parece razoável crer que a tutela mandamental genérica, introduzida num sistema que contempla a antecipação de tutela, também genérica, implica num sério questionamento a respeito da atual e real utilidade do mandado de segurança diante de uma tutela mandamental que se afigura mais e melhor que o tradicional mandado de segurança.

À luz do modelo processual positivado pela Constituição de 1988 e as novas tutelas jurisdicionais introduzidas no ordenamento jurídico positivo brasileiro, que tornaram oportuna a revisitação do mandado de segurança, foi possível constatar que os estudos do mandado de segurança se restringem ao seu aspecto técnico

processual (ação especial), ou seja, somente ao estudo da tutela jurisdicional em sentido amplo, negligenciando o estudo sobre a tutela de segurança, o que fez com que o mandado de segurança não recebesse uma carga evolutiva compatível com a nova dogmática do processo civil, passando a ser perdulário de uma aplicação subsidiária que mais gera confusão do que avanços concretos. Por isso, parece lógico que o mandado de segurança não esteja no centro das grandes questões sociais, ambientais, consumeristas, enfim, o mandado de segurança não é um instrumento de inclusão social. Isso porque, este instituto, com assento constitucional, tem servido quase que exclusivamente aos interesses das empresas em questões tributárias e do funcionalismo, ainda assim, neste último caso, prestando-lhes sérios desserviços em razão do caráter mutilado de que se reveste o mandado de segurança.

Assim, essa investigação permitiu a visualização de alguns elementos para a modelagem do perfil do mandado de segurança do futuro (ou contemporâneo), graças ao contraste com o caráter paradigmático da nova dogmática do processo civil contemporâneo, os quais apontam para a necessidade de superação do caráter paradigmático do mandado de segurança, em razão da deslocação da antiga tensão que lhe modelou a feição para uma nova tensão criada pelos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo, o qual a despeito de sua importância histórica, carece de uma reformulação, à luz do paradigma da dogmática do processo civil contemporâneo, a fim de que lhe seja emprestada uma plenitude de instrumentos e técnicas processuais, com a necessária flexibilidade e plasticidade já alcançados pelo processo civil atual, a fim de que o mesmo passe a ser um instrumento de inclusão social e de defesa dos direitos fundamentais, em suas quatro gerações. Isso porque, a rigor, o processo civil contemporâneo fornece instrumentos e técnicas processuais adequadas à construção de uma tutela de segurança satisfativa muito mais adequada que a do mandado de segurança, inclusive uma tutela de segurança satisfativa mediante cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*. E, com uma vantagem: tanto voltada contra o ilícito praticado por particular ou pelo

Poder Público. Por outras palavras: já é possível a construção de mandado de segurança de segurança contra atos de particulares, mais adequada que o mandado de segurança, em razão da flexibilidade e plasticidade das tutelas construídas sob a matriz dogmática do processo civil contemporâneo, em contraste com a via estreita característica do mandado de segurança. Portanto, algo melhor e mais adequado que o mandado de segurança, em seu perfil paradigmático amoldado sob a pressão dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, já não mais existentes.

Por fim, a conclusão final é no sentido da necessidade de salvar o mandado de segurança, ou seja, desatrelá-lo da matriz do processo civil clássico para inseri-lo na matriz do processo civil contemporâneo, a fim de que o mesmo volte a gozar do prestígio que sempre lhe foi denotado, em função de seus valiosos préstimos históricos.

CAPÍTULO I

A NOVA DOGMÁTICA DO PROCESSO CIVIL

1. Considerações gerais

O presente trabalho gira em torno da contraposição entre o processo civil clássico e o processo civil contemporâneo, com o objetivo de examinar alguns elementos para um delineamento do perfil do mandado de segurança, à luz da dogmática do processo civil contemporâneo. Por essa razão, impõe-se esclarecer, desde já, o que se entende por esses modelos processuais contrapostos. Para fins de delimitação temporal, considera-se a prevalência do modelo processual considerado clássico até o advento da Constituição Federal de 1988,¹ tendo seu marco legislativo de extinção na Lei 8.952, de 1994.² Após essa Lei, instalou-se um novo paradigma de modelo processual civil, ao qual é denominado, aqui, provisoriamente, de processo civil contemporâneo.³ Uma delimitação temporal, em termos de modelo processual, é sempre um problema, o qual se repete aqui. A título

¹ A Constituição Federal de 1988 alinha-se ao fenômeno da constitucionalização do processo, característico após a segunda guerra mundial, como resposta aos regimes totalitários, como busca de humanização, a tornar o processo um instrumento para a realização da justiça. Esse fenômeno implica na supremacia da Constituição sobre as demais normas do processo, razão pela qual as leis processuais submetem-se à Constituição e não podem violá-la ou ignorar as garantias constitucionais. O advento da Constituição Federal de 1988, já seria suficiente para uma verdadeira revolução copérnica da práxis processual, na via jurisdicional. No entanto, não se deu tanta atenção para o fato da auto-aplicabilidade das normas constitucionais, por absoluta falta de instrumentos teóricos que pudessem dar sustentação a essa revolução. Por essa razão, os reclamos desaguavam na necessidade de alteração do conjunto legislativo processual. Isso implicou no retardamento do momento de instalação do que denomino processo civil contemporâneo.

² A Lei 8.952/94 é parte de um conjunto de mini-reformas do sistema processual civil brasileiro. Essa Lei rompeu de modo absoluto com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial em relação ao princípio da intangibilidade da vontade humana, da qual decorria o princípio da incoercibilidade, e, ao princípio da universalização da tutela ressarcitória pela equivalência em pecúnia, ao estabelecer a primazia da tutela na forma específica.

³ A referência ao processo civil contemporâneo poderia ser substituída por “processo civil pós-moderno”, já que suas características coincidem com as características apontadas como essenciais ao pós-modernismo em direito. No entanto, para que não se crie expectativa sobre tema que não será abordado de forma mais abrangente, melhor referir-se ao processo civil contemporâneo em contraposição ao processo civil clássico. Noutra oportunidade, as mesmas reflexões poderão ser dirigidas ao pós-modernismo em direito processual civil.

de exemplo, quando se considera a obra de Von Bülow como a certidão de nascimento da ciência processual, não se esquece que, para nascer, a ciência processual passou por um período de gestação. Por isso, é correto dizer que a obra de Von Bülow é a certidão de nascimento da ciência processual. Mas, todos sabem que o mérito de Von Bülow está concentrado no método sistemático de apresentação. O mesmo ocorre com o processo civil contemporâneo: é o resultado do esforço envidado no sentido de superar os entraves impostos pelo processo civil clássico à efetividade da tutela jurídica.

Os pressupostos teóricos do processo civil clássico já estavam superados tanto no campo político quanto nos campos econômico e social. No campo jurídico, a necessidade de ajuste do ordenamento jurídico positivo, para a remoção do entulho clássico, era atendida de forma gradativa, porém numa rota firme. A opção pelo ajuste gradual não foi mero resultado casuístico, foi uma estratégia, conforme confessa um dos autores da reforma⁴. Porém, num repente, alguns textos da Lei 8.952/94 fez ruir, de vez, as bases dos obstáculos à efetividade do processo herdadas do processo civil clássico. E o modo pelo qual se deu essa superação acabou por representar uma ruptura com o paradigma da ordinariedade. Uma ruptura tão profunda que acabou por se caracterizar como uma revolução copérnica e por estabelecer um novo paradigma. Por isso, pode-se estabelecer uma delimitação entre o processo civil clássico e o processo civil contemporâneo, na medida em que essa ruptura profunda com o processo civil clássico é resultado da superação dos pressupostos teóricos de um modelo processual que implicava um déficit de efetividade da tutela jurídica.⁵ Por essa razão, é razoável que se estabeleça

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

⁵ Vale aqui, e por todo o presente trabalho, a advertência de José Carlos Barbosa Moreira: “Diante de empreendimentos reformadores como o agora em curso no Brasil, é inevitável que se dividam as expectativas. Deve-se contar aqui com duas reações opostas e simétricas. De um lado, verão talvez alguns, na alteração de meia dúzia de artigos, ou na inclusão de dois ou três parágrafos, a promessa de milagres portentosos; de outro lado, não faltarão os que abanem a cabeça, de cenho franzido, e decretem, alto e bom som, que nada adianta mexer nas leis, porque o x do problema reside exclusivamente nos homens incumbidos de trazê-las ao plano do concreto. O cândido otimismo dos

a efetividade como matriz referencial do processo civil contemporâneo, a qual exige sua particular compreensão, bem como do modo de relacionamento do processo civil com essa matriz contemporânea, já que é desse relacionamento que decorrem os pressupostos teóricos do novo modelo processual. Assim, é importante que se assente o problema da efetividade no processo civil contemporâneo: é uma matriz referencial genérica que atua nos modos de tutela dos direitos.

O processo civil contemporâneo, ao mesmo tempo em que rompe profundamente com o paradigma do processo civil clássico, torna-se um paradigma e exige uma construção dogmática dessa perspectiva paradigmática. Na medida que o processo civil contemporâneo é o resultado da superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico que implicavam o déficit de efetividade desse modelo, parece válido estabelecer uma via para a construção dogmática do processo civil contemporâneo a partir da inversão de sinais dos pressupostos do processo civil clássico que implicavam o déficit de efetividade desse modelo. Essa inversão de sinais permite um delineamento dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo.

No entanto, a abordagem da dogmática do processo civil contemporâneo e seus pressupostos teóricos não são o objeto desta tese, em si. Isso porque o objeto desta tese consiste numa revisitação do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo, com o intuito de contribuir no processo de construção de sua doutrina. Por isso, a referência à dogmática do processo civil

primeiros conduz, de modo inevitável, à mais profunda decepção: a norma jurídica não tem, com efeito, em si e por si, o poder de transfigurar a realidade. O pessimismo apriorístico dos segundos leva, também fatalmente, ao desespero: sendo a condição humana o que é, não parece verossímil a hipótese de virmos a contar, em qualquer ponto do futuro, com uma safra de "cavaleiros sem medo e sem mácula" bastantes para desempenhar de maneira impecável todas as funções que o ordenamento atribui a juízes, advogados e outras categorias ligadas ao processo. Entre esses dois extremos, deve haver lugar para uma avaliação menos pretensiosa, que se satisfaça com verificar que a reforma legislativa abre, aqui e ali, perspectivas de melhora - parcial, sem dúvida; modesta, se quiserem -, e que jamais se esqueça de que algum progresso, pequeno que seja, é sempre melhor que nenhum." (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo, *Revista Forense*, n. 331, p. 147).

contemporâneo, e seus pressupostos teóricos, acaba por limitar-se ao âmbito proposto para a revisitação do mandado de segurança.

2. O déficit de efetividade do processo civil clássico

Na medida em que se entenda válida a via para a construção dogmática do processo civil contemporâneo, a partir da inversão de sinais dos pressupostos do processo civil clássico que implicavam o déficit de efetividade desse modelo, torna-se necessário compreender esse déficit e as suas principais causas. Na busca dessas causas principais, constata-se o fato de que o processo civil clássico foi construído a partir do distanciamento artificial do direito material, como consequência de um reclamo bastante atual para a época: a autonomia da ciência processual. Esse distanciamento deslocava o problema da efetividade para um *locus* endo-processual, já que uma matriz referencial externa restava excluída.

O *modus operandi* desse distanciamento é resultado de uma concepção de valores coincidentes com o ideal liberal. De fato, o processo civil clássico, seus pressupostos teóricos e respectivos instrumentos processuais,⁶ foram construídos em coerência com os valores do ideal liberal,⁷ a partir de dois pressupostos teóricos: a) da liberdade do homem; e, b) da igualdade. O valor do ideal liberal consistente na liberdade do homem implicava na intangibilidade da vontade humana, um fundamento da incoercibilidade. Esse pressuposto teórico justificava a ausência de

⁶ Afirma-se que o processo civil clássico e seus respectivos instrumentos processuais constituem-se em um dos principais entraves para a efetividade do processo civil. Com isso, não se esquece que o problema da efetividade é complexo e passa por searas tão importantes quanto esta: problemas estruturais, quantidade e qualidade de serviços são pontos notórios de estrangulamento da efetividade no processo civil brasileiro.

⁷ Para Ada Pellegrini Grinover os princípios do processo liberal não garantem um processo justo e afirma: “vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 18-19).

técnicas cuja finalidade consistisse na influência sobre a vontade humana.⁸ O valor do ideal liberal, consistente na igualdade, assumia, deliberadamente, um perfil reducionista patrimonialista, onde os direitos eram reduzidos a uma equivalência econômica em mercadorias, e, portanto, em pecúnia. Noutras palavras, admitia-se a lesão aos direitos, desde que o causador se dispusesse a pagar por eles.⁹ Essa matriz teórica justificava a universalização da tutela ordinária ou comum e a universalização da execução patrimonial forçada, no perfil reducionista da execução por crédito.

A ordinariedade, no ideal liberal, correspondia ao modelo romano do *ordo judiciorum privatorum*, com a primazia de um processo de conhecimento, voltado para a tutela dos interesses individuais patrimoniais, mediante o procedimento comum, com cognição plena e exauriente e contraditório antecipado. Nesse modelo, a sentença de mérito restou compreendida como veículo da tutela jurisdicional – e, num extremo exagero, até mesmo como expressão da própria tutela jurisdicional –, única a proporcionar a coisa julgada material, cujo regime, influenciado pela matriz individualista, restringia-se às partes (*inter partes*), independentemente do resultado (*pro et contra*).

A matriz da universalização da tutela ordinária, construída a partir da tutela máxima da intangibilidade da vontade humana e sua respectiva incoercibilidade, bem como da igualdade, com o seu perfil reducionista patrimonialista, excluiu a importância da noção de sanção em sentido material e reduziu a noção de sanção, em sentido processual, à sanção executiva patrimonial. Nessa matriz teórica, a sentença condenatória,¹⁰ que consistia no veículo máximo de expressão da tutela

⁸ Vide CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 54-108.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 39.

¹⁰ A sentença condenatória, embora de extrema importância na matriz clássica, sempre foi alvo de controvérsias, como já advertira Liebman (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 15 e ss).

jurisdicional, tinha a função de tornar adequada a via executiva, que, por sua vez, consistia no modelo de atuação da sanção executiva patrimonial, e, por consequência, a execução forçada em fenômeno da execução por crédito.

Dessa matriz teórica decorreram duas características específicas implicadas: *a)* a separação da atividade jurisdicional cognitiva da atividade jurisdicional executiva, já que esta tinha por pressuposto uma sentença condenatória prolatada em processo de conhecimento, com procedimento comum, contraditório antecipado e cognição plena e exauriente, ressalvadas as hipóteses de tutelas diferenciadas, onde ocorria a mesclagem das duas atividades jurisdicionais e a execução fundada em títulos executivos extrajudiciais, como expressão máxima de tutela diferenciada consistente na supressão do processo de conhecimento para a obtenção de um título executivo; e, *b)* a universalização da execução patrimonial forçada, à qual corresponde o modelo único de atuação da sanção executiva patrimonial, na modalidade reduzida da execução forçada em execução por crédito.

A consequência dramática dessa estrutura do processo civil clássico e seus instrumentos processuais inerentes consistia na expropriação dos direitos não-patrimoniais e na expropriação dos direitos patrimoniais que não são tutelados adequadamente pela via ressarcitória por equivalência em pecúnia.¹¹ Essa consequência dramática, decorrente da inadequação para atender certas necessidades do direito substancial, gerava uma tensão que obrigava a criação de tutelas diferenciadas, as quais se caracterizavam pela aderência ao direito substancial, em contraposição à tutela genérica, ordinária ou comum. Por essa razão, a adoção de uma tutela diferenciada sempre representava um modo particular de ruptura com o processo civil clássico e seus pressupostos teóricos. No entanto, essa ruptura era premida pela tensão existente entre os pressupostos do processo

¹¹ Por essa razão, o papel do processo civil clássico poderia ser comparado a um verdadeiro “Moloc,” o qual exigia sacrifícios desproporcionais aos benefícios que poderia proporcionar. E, como o “Moloc” mítico, o processo civil clássico implicava, em regra, o sacrifício dos direitos dos mais fracos, a exemplo das crianças que eram sacrificadas em intenção daquele ser impiedoso.

civil clássico e a necessidade de adequação de tutela efetiva a partir das peculiaridades do direito substancial, o que acabava por induzir a compreensão de uma tutela diferenciada a partir daqueles pressupostos teóricos, ao mesmo tempo em que reforçava a matriz da ordinariedade. Por essa razão, a temática das tutelas diferenciadas padecia de uma profusa imprecisão que a mantinha em um quadro que dificultava uma construção dogmática dessas modalidades de tutelas, embora fossem constatados dois fatos: o aumento das hipóteses de tutelas diferenciadas e a necessidade cada vez mais crescente de tutelas diferenciadas.

3. A superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico em razão de seu déficit de efetividade

3.1 A contextualização do problema da efetividade

O problema da efetividade da tutela jurídica não é exclusivamente jurídico. A visualização da efetividade da tutela jurídica, através do viés jurídico, é algo parcial e incompleto, pois na medida em que o Direito não apresenta capacidade de produzir bens, o seu problema resume-se na disciplina das relações entre as pessoas e nas relações entre as pessoas e os bens. O Direito não produz bens, mas disciplina sua circulação. O problema dos bens, por sua vez, na concepção jurídica, se resume numa perspectiva binária: situação de vantagem–situação de desvantagem em relação aos bens. Logo, o problema da efetividade–inefetividade sempre implica na regulação da circulação dos bens numa perspectiva binária de vantagem ou desvantagem. Com isso, pode-se afirmar que o problema da efetividade da tutela jurídica é um problema inserido no contexto da racionalidade econômica, mas reclama também um contexto demarcado pelo social e pelo político.¹²⁻¹³

¹² Por isso, não se pode esquecer da advertência de José Carlos Barbosa Moreira: “E decerto não se proclamará novidade alguma se a isso se quiser acrescentar que o estudo do tema em nível mais profundo necessariamente desembocaria em ampla reflexão (incabível nesta sede) sobre o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da 'efetividade' do processo. But that's another story, como diria o velho Kipling...” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo. In: *Temas de Direito Processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27).

Então, qual o ângulo visual adequado para a análise da efetividade e qual o critério adequado para a sua aferição? José Carlos Barbosa Moreira tocou no ponto exato do problema da efetividade: “Se por 'efetividade' se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena, poderia julgar-se necessário, e não sem alguma lógica, que a qualquer discussão séria do assunto houvesse de preceder uma clara tomada de posição acerca do fim que se atribui ao processo.”¹⁴ Essa advertência encontrava uma fórmula geral ideal já sintetizada por Chiovenda, no sentido de que “o processo deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e especificamente aquilo que ele tem direito a obter, na medida do que for praticamente possível”.¹⁵ Essa fórmula ditada por Chiovenda, considerada verdadeiro *slogan* dos processualistas modernos,¹⁶ bem delimitava o âmbito da efetividade na perspectiva do resultado do processo. José Carlos Barbosa Moreira, por sua vez, traduziu essa fórmula nos seguintes termos: “em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento.”¹⁷⁻¹⁸

¹³ Conforme anotou José Carlos Barbosa Moreira: “É fato notório, hoje em dia, a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo. Eis que com isso, porém, ainda uma vez seríamos levados ao vórtice das grandes confrontações teóricas, de que se vai difundindo em tantos espíritos certo cansaço justificado, em boa extensão, pelo abuso do conceptualismo e das abstrações dogmáticas” (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, p. 27).

¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, p. 27.

¹⁵ “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare. Rivista di diritto commerciale*, 1911 e *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 110).

¹⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, p. 27 e ss.

¹⁸ Essas idéias de Barbosa Moreira foram generosamente recepcionadas pela doutrina processualista brasileira (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Modernità del diritto processuale brasiliano*. In: *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milão, 1993, vol. II, p. 504; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual, *Revista Forense*, n. 325, p. 110). Veja-se as palavras de Barbosa Moreira: “Esse ideário, que aliás nada tinha de original, encontrou consenso na doutrina posterior, seja por adesão explícita, seja pelo empenho com que obras mais recentes se dispuseram a aprofundar o exame de um ou de outro dentre os assuntos que apontáramos à atenção dos estudiosos”, referindo-se aos dois autores mencionados (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, p. 27).

Nessa fórmula encontra-se a referência à matriz da efetividade amalgamada, num primeiro momento, ao resultado prático, a ser obtido no plano do direito substancial, e, num segundo momento, à possibilidade de obtenção desse resultado prático. Logo, é inviável a aferição da efetividade sem uma perfeita compreensão do resultado prático a ser obtido no plano do direito substancial. Compreendido o resultado prático a ser obtido no plano do direito substancial, impõe-se a aferição da possibilidade de obtenção desse resultado prático preordenado. Aferir essa possibilidade é aferir a aptidão dos meios ou instrumentos para a produção de efeitos consistentes no resultado prático no plano do direito substancial. Portanto, a efetividade do processo é a qualidade consistente na aptidão dos instrumentos e das técnicas processuais para a produção de efeitos consistentes na realização do resultado prático no plano do direito substancial. Mas, este é um ângulo endógeno, voltado para os instrumentos e as técnicas processuais, ou seja: os meios para a obtenção de resultados. Mas, quais resultados? Os resultados que podem ser produzidos pelo processo ou os resultados que devem ser produzidos pelo processo? Há diferença entre a aptidão para a produção de resultados e a aptidão para a produção de resultados que devem ser produzidos.

Na perspectiva dos resultados a serem obtidos pelo processo, Cândido Rangel Dinamarco via uma pluralidade de escopos, amalgamados em um plano tridimensional, justapondo-se os escopos jurídicos, políticos e sociais.¹⁹ Uma perspectiva teleológica plúrima já se constitui em um problema em si: deve prevalecer o escopo jurídico, o escopo político ou o escopo social? Há um sentido hierárquico entre esses escopos? Os escopos político e social somente devem ser aferidos quando receberem o signo jurídico?²⁰ Essas questões são absolutamente

¹⁹ Para Cândido Rangel Dinamarco “[...] a *efetividade do processo* [...] constitui expressão resumida da idéia de que o processo *deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais*” (DINAMARCO. Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 270).

²⁰ A pluralidade de escopos, para Cândido Rangel Dinamarco, não significa a existência de uma autonomia que reclamasse uma perspectiva hierárquica. Isso porque “[...] decisões conforme o direito material serão também em princípio (salvo exceções, e em casos em que o direito substancial destoe

intrigantes e aportam de modo pleno no instituto objeto de revisão: o mandado de segurança.

Quando Cappelletti²¹ sugeriu que a perspectiva mais adequada para os estudos dogmáticos do direito processual era a dos consumidores dos serviços jurisdicionais, a aceitação dessa perspectiva teve o mérito de conduzir os estudos dogmáticos do direito processual para a seara da efetividade do processo. Porém, quem seriam os “consumidores dos serviços jurisdicionais”: os hipossuficientes,²² os hipersuficientes, a classe média, os litigantes eventuais, os litigantes habituais, o “mercado”, a sociedade, o Estado?²³

dos valores sociais), capazes de cumprir com a tarefa social magna de pacificar com justiça e de prestigiar o Estado e o seu ordenamento (*A Instrumentalidade*, p. 289). José Roberto dos Santos Bedaque refere-se a Dinamarco como quem “embora defendendo a idéia de que o processo tem vários escopos, reconhece que o jurídico absorve o social e o político [...]”. Por essa razão, Bedaque acha suficiente compreender que o “[...] objetivo da atividade jurisdicional é a manutenção do ordenamento jurídico [...]” razão pela qual conclui: “[...] deve o magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois somente se tal ocorrer a jurisdição terá cumprido sua função social” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.15). O problema é sutilmente deslocado para a função social da jurisdição. Porém, não parece ser o mesmo que os escopos sociais da tutela jurídica. A coincidência dessas funções sociais dependerá da absorção adequada dos valores sociais pelo ordenamento jurídico. Mas isso, ao contrário do que se podia imaginar, não é tão comum. Basta pensar na desastrosa manutenção dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, quando, à luz da efetividade, os mesmos não passassem de entulhos indesejáveis socialmente falando. Pelo menos pela parcela da sociedade que não era contemplada com os benefícios da efetividade proporcionados pelas tutelas diferenciadas em sua tipicidade clássica. E, diga-se de passagem, essa parcela representava a maioria da população brasileira.

²¹ CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programa di reforma e come método de pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, p. 243-245.

²² O que se pode entender por efetividade do processo num país de dimensão continental onde grande parte da população vive abaixo da faixa da miséria?

²³ Cfme. anotou José Carlos Barbosa Moreira: “Na evolução histórica do direito processual brasileiro, as gerações que imediatamente nos antecederam distinguiram-se pelo empenho na construção de uma dogmática sólida; em sua reflexão prevaleceram as especulações técnicas, que deixaram pouco espaço para preocupações de outra ordem, relacionadas com as dimensões políticas e sociais do fenômeno processual. Nada há nisso, a rigor, que surpreenda. Era preciso, e foi útil, que se superassem as fronteiras do procedimentalismo antes dominante, em cujo quadro se refletia uma visão do processo restrita à contemplação superficial de ritos e formalidades. As aspirações de progresso exigiam que se absorvessem os resultados de investigações feitas em países mais adiantados, que se trabalhasse o material assim adquirido para ajustá-lo ao perfil do ordenamento pátrio, que se armasse um sistema coerente de princípios e conceitos, capaz de elevar o direito processual ao plano de dignidade científica já então atingido, entre nós, noutros ramos do conhecimento jurídico” (Notas sobre o problema da “efetividade” do processo, p. 28).

José Carlos Barbosa Moreira²⁴ preocupou-se em dirigir “uma palavra de advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo”, e afirmou, com propriedade: “Consiste o primeiro na tentativa de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta.”²⁵ Logo em seguida, advertiu; “É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que a satisfação de um deles não implique o sacrifício total de outro.” Essa perspectiva remetia o problema para o contexto da análise casuística.^{26- 27} E, nesse contexto, o problema da efetividade comportava outras componentes, como a que foi mencionada por Luiz Guilherme Marinoni: “E a efetividade do direito de ação?”²⁸ E poderia ser acrescentado: e a efetividade do direito de defesa, a efetividade da jurisdição etc?²⁹

Não é preciso ir muito longe para perceber que o problema da efetividade passaria a constituir-se na sede de um sem-número de problemas ligados ao processo. E sói ocorrer que, quando um valor abarca um sem-número de problemas, deixa de ser um valor para se constituir num princípio. Daí, já se vai falando no

²⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, p. 28.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, p. 28.

²⁶ Tanto é que José Carlos Barbosa Moreira formulou o seguinte exemplo: “Assim é que a conveniência de preservar a intimidade de terceiros - e, em certa medida, das próprias partes - sugere que se admitam barreiras à averiguação dos fatos relevantes para a solução do litígio; se a lei, por vezes, ultrapassa no particular os lindes do plausível constitui outra questão, que terá de ser analisada caso a caso e, seja como for, não invalida o princípio” (Notas sobre o problema da "efetividade" do processo, p. 28).

²⁷ Num contexto onde as soluções legítimas devem referir-se ao caso concreto, as afirmações genéricas quanto aos escopos do processo parecem implicar o problema de certa maneira abordado por Ronald Dworkin: o Juiz Hércules.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. E a efetividade do direito de ação? *Revista Forense*, n. 336, p. 137-142, out./dez., 1996.

²⁹ A perspectiva, aqui, leva em consideração os institutos fundamentais do processo civil: ação, defesa, jurisdição e processo (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*, p. 25).

princípio da efetividade, o qual passa a ser uma caixa de ferramentas úteis para a construção de soluções para inúmeros problemas.

3.2 A efetividade como matriz da plenitude e flexibilização dos instrumentos e técnicas processuais

Na perspectiva da efetividade, como uma matriz referencial, o processo civil contemporâneo reclama uma modelagem dotada de plenitude de instrumentos e técnicas processuais, caracterizados pela plasticidade e flexibilidade. Como não há espaço para o absoluto,³⁰ em termos processuais, a efetividade passa a ser o referencial da necessária relativização. Logo, na perspectiva da efetividade tudo passa a ser relativo, “a priori”. E, se não há lugar para o absoluto, a efetividade, como princípio fundamental de atuação da tutela jurídica, desdobra-se no princípio da adequação.

Quando se pensa no princípio da adequação, está a se pensar na tutela jurídica adequada aos valores vigentes à época de sua atuação. Vale dizer, tutela jurídica dotada de instrumentos e técnicas processuais aptos para a realização da justiça.³¹ É nesse sentido que se deve compreender o postulado de que a tutela jurídica deve ser “qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça” como já proclamou Ada Pellegrini Grinover,³² apoiada por Kazuo Watanabe:³³

³⁰ Essa já era uma advertência de José Carlos Barbosa Moreira: “No universo processual - se nos permitem repetir o que já dissemos alhures -, há pouco espaço para absolutos, e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos” (MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*, p. 145.)

³¹ Deslocar o problema para o referencial justiça não significa opção pela solução mais simples. A complexidade dessa opção começa pela compreensão de que o problema da justiça seria externo ao “jurídico” ou comporia de modo absoluto o paradigma jurídico. O fato, é que direito seria somente o justo. A norma injusta não teria amparo, nem no plano das situações substanciais nem no plano das situações processuais.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 153-158.

³³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookeseller, 2000, p. 27.

Uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça importa considerar certos limites impostos ao legislador do direito processual no que tange a preordenação dos instrumentos e técnicas processuais.³⁴ Esses limites impostos ao legislador ordinário, ou seja, a redução da margem de escolha dos instrumentos e técnicas processuais, decorre da exigência de uma tutela adequada, assegurada pela Constituição.

Assim, é possível afirmar que a dimensão constitucional do direito e da justiça exige técnicas e soluções específicas do direito processual adequadas às exigências próprias do direito material. Isto quer dizer que não basta quaisquer técnicas ou soluções apresentadas pelo direito processual, mas técnicas e instrumentos que tenham aptidão para a realizar, de forma adequada, o direito material. Em outras palavras, as técnicas e instrumentos apresentados pelo direito processual devem produzir os resultados adequados às exigências do direito material.

Daí falar-se em direito processual constitucional dotado de todos os instrumentos processuais adequados para a realização dos direitos, ou seja, em um princípio constitucional consistente na plenitude dos instrumentos e técnicas processuais.

3.3 Os caminhos da busca da efetividade: uma solução néo-pragmática? - Breves referências aos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo

Uma revolução copérnica. É isso que representa o processo civil contemporâneo, aqui contraposto ao processo civil clássico. Isso porque, a rigor, o processo civil contemporâneo é o resultado da superação dos pressupostos teóricos

³⁴ PONTES DE MIRANDA já advertia sobre o fenômeno da diminuição da liberdade do legislador processual no caso de promessa de tutela jurídica qualificada (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. t. I. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 218-219).

do processo civil clássico que implicavam o déficit de efetividade desse modelo. Porém, o modo pelo qual se deu essa superação acabou por representar uma profunda ruptura com o processo civil clássico. Por isso, pode-se estabelecer uma delimitação entre o processo civil clássico e o processo civil contemporâneo. Na medida em que o processo civil contemporâneo é o resultado da superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico que implicavam o déficit de efetividade desse modelo, é razoável que se estabeleça a efetividade como matriz referencial do processo civil contemporâneo. Uma vez que o processo civil contemporâneo é caracterizado pela matriz da efetividade, implica na sua compreensão e no modo de relacionamento do processo civil com essa matriz contemporânea, já que é desse relacionamento que decorrem os pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. Assim, em primeiro lugar, é importante que se assente o problema da efetividade no processo civil contemporâneo: é uma matriz referencial genérica que atua nos modos de tutela dos direitos.

O problema da efetividade do processo, assim entendida em termos contemporâneos, ganhou relevo ante a constatação de que os resultados fornecidos pelo processo não mais correspondiam às legítimas expectativas criadas pelos valores vigentes ao tempo em que o processo produzia seus resultados. Portanto, era na perspectiva do resultado produzido pelo processo que se constatava um déficit de efetividade. Os esforços no sentido da busca da efetividade do processo implicavam uma gama de investigações caracterizadas pelo parâmetro sintetizado por Cândido Rangel Dinamarco³⁵ como “revisitação” aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas”.³⁶ Essa revisitação implicava numa postura metodológica de “releitura” dos escopos do processo e da técnica processual adequada à consecução desses escopos, na medida em que “todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 227.

clara dos objetivos a serem atuados”.³⁷

No entanto, embora houvesse consenso quanto ao problema da necessidade de efetividade do processo e da necessidade de revisitação dos institutos processuais tradicionais, seus instrumentos e suas técnicas, constata-se que essa revisitação era realizada a partir de posturas metodológicas diferentes, conquanto fossem realizadas sob a égide da perspectiva do processo enquanto instrumento a serviço do direito substancial e da inescusável necessidade de efetividade do processo para o alcance da necessária efetividade da tutela jurídica. De um lado, encontrava-se o método de pensamento, ou perspectiva, que buscava a efetividade do processo a partir do direito processual,³⁸ com o que restava acentuada uma perspectiva instrumentalista processualista. De outro, o método de pensamento, ou perspectiva, que buscava a efetividade do processo a partir do direito substancial, com o que restava acentuada uma perspectiva instrumentalista substancialista.

Na perspectiva instrumentalista substancialista, a busca da efetividade do processo partia da perspectiva do direito material, o que justificava a sua tendência em desenvolver o estudo do direito subjetivo material, da pretensão de direito material e da ação de direito material, o que necessariamente implicava na conclusão de que, no plano processual, a cada ação de direito material corresponde uma ação de direito processual. O choque entre as referidas posturas metodológicas era inevitável em alguns pontos, já que a perspectiva instrumentalista processualista implicava a negação de algumas categorias privilegiadas pelos instrumentalistas substancialistas, especialmente as do direito material.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 227.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 224-225.

³⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 19-25.

Kazuo Watanabe,³⁹ quem mais de perto examinou esse problema, reconhecia que os resultados desses estudos desembocariam no estuário comum da efetividade; mas lhe era forçoso reconhecer que, naquele momento, aqueles estudos, em suas perspectivas, ainda não se harmonizavam de todo, mas já antevia que: “à semelhança do que ocorre na natureza, que mostra exemplos de águas de cores diferentes de dois rios que, após o encontro, correm paralelamente por longa distância até que se misturem por completo”.

Ora, na medida em que o objetivo comum dos estudos dogmáticos do processo civil era alcançar a efetividade, o primeiro passo consistiria na identificação dos seus principais entraves e do ângulo visual adequado para a sua aferição. Por essa razão, o problema da efetividade do processo exigia a determinação de um método adequado para a aferição da sua aptidão para a produção dos resultados para os quais foi preordenado. A solução dessa particularidade do problema perpassou, ainda mais uma vez, o campo da tensão decorrente da divergência entre a postura metodológica instrumentalista processualista e a postura metodológica instrumentalista substancialista. E mais: a solução adequada desse problema exigia sua localização enquanto causa do déficit do processo.

A solução adequada desse problema começa a delinear-se a partir da identificação do fato de que o processo civil clássico e seus instrumentos e técnicas processuais foram concebidos a partir do critério exclusivamente processual, mediante o artifício de seu distanciamento do direito substancial, e, principalmente, mediante a exclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial, como resultados a serem obtidos pelo processo, mediante o desprezo das necessidades peculiares ao direito substancial. Esse distanciamento implicava na privação da matriz referencial da instrumentalidade, na qual repousa a legitimidade do exercício do poder jurisdicional.

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, 21.

Portanto, nessa linha de raciocínio, a solução do problema, consistente no método adequado para a aferição da aptidão do processo para a produção dos resultados para os quais foi preordenado, consistia na correta aproximação do direito processual ao direito material. Essa aproximação somente seria válida mediante a inclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial como resultados a serem obtidos pelo processo, ou seja: a solução consistia em caminhar no sentido inverso daquele trilhado pelo processo civil clássico. No entanto, essa solução encontrava um falso problema: o receio de retrocesso ao imanentismo.

O receio de incorrer em um retrocesso ao imanentismo acabava por manter um modelo processual inadequado, cujos resultados não eram compatíveis com as expectativas legítimas de tutela efetiva dos direitos, embora sua matriz teórica fosse constantemente questionada. Mas esse receio representava um falso problema, porque, à luz das conquistas alcançadas pela ciência processual, a exclusão dos resultados preordenados no plano do direito substancial, como resultados a serem proporcionados pelo processo, já não mais encontrava justificativa, quer sob o argumento da autonomia do direito processual, quer sob o argumento de eventual comprometimento de sua cientificidade. Isso porque, já era suficientemente compreendida que a instrumentalidade do processo, a partir de critérios exclusivamente processuais, sujeitava a tutela jurisdicional a tornar-se estéril e nociva. Estéril, porque não produzia os resultados esperados do processo. Nociva, porque, como exercício de poder, avolumava-se a imperatividade, razão pela qual poderiam ser produzidos resultados diferentes e até mesmo contrários às expectativas legítimas. Isso porque, a consequência drástica da concepção do processo e da tutela jurisdicional, sob a perspectiva exclusivamente processual, consistia na exclusão do resultado a ser obtido pelo processo no plano do direito substancial, como critério para a aferição da efetividade do processo. Logo, a solução do problema da efetividade exigia uma séria tomada de posição: a inclusão

da perspectiva do direito substancial sem excluir a perspectiva processual.⁴⁰ A solução desse problema exigia, apenas, e tão-somente, a compreensão da tutela jurisdicional a partir das duas perspectivas: a do direito substancial, no qual estariam preordenados os resultados a serem obtidos pelo processo; e a do direito processual, nos quais estariam preordenadas as técnicas processuais adequadas à obtenção dos resultados preordenados no plano do direito substancial. E essa solução implicava na inserção da temática da tutela dos direitos no âmbito da tutela jurisdicional, sem excluir a perspectiva processual.⁴¹ É nesse sentido que se põe, hoje, o problema da tutela jurisdicional dos direitos.

Porém, há mais nessa perspectiva teleológica: o contexto econômico em que se insere o processo. Não se pode falar em efetividade sem se atentar para o importantíssimo contexto da racionalidade econômica. Isso porque, a rigor, a efetividade está ligada de forma umbilical ao problema da eficiência, uma pedra de toque das concepções contemporâneas. Isso põe em pauta o problema da função econômica do processo. Essa pauta não é nova, mas nunca esteve numa evidência tão transparente. Na perspectiva da racionalidade econômica, a ciência processual adapta-se ao seu tempo; o processualista é um processualista de seu tempo; as soluções para as crises são soluções para o seu tempo. Logo, o problema a ser enfrentado é um problema do seu tempo, cuja solução adequada é a solução para o seu tempo. E que tempo é esse? É um tempo de prevalência do néo-pragmatismo, onde os problemas não são resolvidos, são ultrapassados, dissolvidos. É um tempo em que prevalece não a solução do problema mas uma idéia de que o mesmo deve

⁴⁰ Se a questão consistia na correção dos rumos até então adotados pela ciência processual, seria de todo inviável o abandono puro e simples das relevantes conquistas até então alcançadas. Portanto, esse é um resultado da lógica da tutela jurisdicional como um modo de ser da tutela jurídica, ou seja, da tutela dos direitos. É na perspectiva da tutela jurisdicional, como modo de ser da tutela dos direitos, que o direito processual, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, a partir dos resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial.

⁴¹ Na medida em que se constatou o distanciamento do processo do direito substancial, constatou-se o resultado consistente no abandono da perspectiva consistente nas necessidades peculiares do direito substancial, relegando a problemática da tutela dos direitos ao acaso.

ser ultrapassado, a exemplo do que propõe Rorty, para quem "resolver" não encerra outra idéia que não a de ultrapassar, o que vale dizer: "eis aí um nó, mas será que para tirar os sapatos precisamos desatá-lo? Será que não é só dar uma empurradinha no calcanhar e o sapato sai e o nó é deixado de lado? e aí o nó não atrapalha mais."⁴²

3.4 O modelo de tutelas diferenciadas específicas na vigência do processo civil clássico: soluções néo-pragmáticas?

Ao longo desse trabalho, vem se afirmando que o processo civil contemporâneo é o resultado do esforço envidado no sentido de superar os entraves impostos pelo processo civil clássico à efetividade da tutela jurídica. E mais: a necessidade de superação desses entraves decorria da constatação de que os instrumentos e as técnicas processuais daquele modelo não mantinham a necessária aderência às peculiaridades do direito substancial. No entanto, não pode deixar de ser considerado o fato de que essa inadequação gerava uma tensão que obrigava a criação de tutelas diferenciadas, as quais se caracterizavam pela aderência ao direito substancial, em contraposição à tutela genérica, ordinária ou comum. Assim, constata-se que o processo civil clássico, com sua matriz da *ordinariedade*, apresentava características peculiares: não era adequado para a tutela de certas peculiaridades do direito substancial; não se compatibilizava com as tutelas diferenciadas; mas, obrigava a criação de tutelas diferenciadas, as quais eram construídas para atender a certas peculiaridades do direito substancial.

⁴² Eis pois um interessante contexto no qual se vê justificado o quase total abandono dos estudos de determinados institutos processuais. Não é nenhuma novidade que a doutrina mais moderna tem se dedicado de modo mais intenso, e mesmo quase exclusivo, aos temas de direito processual centrados em torno do eixo metodológico consistente na efetividade do processo. Talvez essa seja a explicação para o abandono da investigação de outros temas, os quais parecem aparentemente equacionados e solucionados. Um desses temas é a ação. Em torno da ação pode-se constatar que todo processualista tem seu conceito de ação, conceitua-a seu modo, o que implica numa diversidade conceitual doutrinária. Essa diversidade se explica pelo fato de que a doutrina concebe o direito de ação sob várias e diversas matizes conceituais. A diversidade de matizes conceituais tem de ser objeto de análise na medida em que se constata que a necessidade de compreensão do conceito de ação em sua dimensão doutrinária diversificada, suas consequências no plano teórico e projeção dessas consequências no plano operacional da efetividade prática.

A inadequação da matriz da *ordinariedade*, para a tutela dos direitos a partir de suas peculiaridades, era um fato inegável na vigência do modelo processual representado pelo processo civil clássico. Portanto, não se deve imaginar a ausência de uma intensa procura de solução para tão grave problema. Ocorre que a manutenção da *ordinariedade* implicava na solução do problema da inadequação sempre através da construção de uma tutela diferenciada. Por essa razão, a temática das tutelas diferenciadas tornou-se inerente ao modelo processual clássico, como forma de reação contra a *ordinariedade* e modo de ruptura com aquele modelo processual. Por essa razão, torna-se conveniente uma breve referência sobre as tutelas diferenciadas, quando da vigência do processo civil clássico.

O exame da tutela diferenciada põe-se de plano em contraposição ao procedimento comum ordinário adotado como padrão para a tutela dos direitos. Isso porque, o procedimento ordinário não leva em consideração as peculiaridades do direito substancial e da realidade social, razão pela qual o mesmo é imprestável para a adequada tutela dos direitos. Uma das vias de acesso à temática das tutelas diferenciadas consiste na identificação das técnicas processuais de tutela preordenadas pelo ordenamento jurídico. O ponto nodal da diferenciação consiste na adequação da tutela às peculiaridades do direito material à luz da efetividade. Portanto, o direito material passa a ser o referencial externo (em relação ao direito processual) a partir do qual deve ser examinada a temática da tutela jurisdicional adequada ao direito material (tutelas, portanto, diferenciadas).

A tutela adequada dos direitos impõe a concepção de técnicas processuais e procedimentais adequadas às necessidades do direito substancial e da realidade social. Assim, num primeiro plano, pode-se dizer que a tutela diferenciada é a tutela jurisdicional prestada através de técnicas processuais e procedimentais adequadas às peculiaridades do direito substancial e da realidade social.

Para a análise da adequação da tutela mediante as técnicas de diferenciação, deve-se adotar como ponto de partida a Constituição, pois é em função dos princípios e valores nela positivados que será possível se pensar na construção de técnicas processuais e procedimentais que sejam adequadas à efetiva tutela dos direitos, em especial àqueles que não sobrevivem à morosidade do procedimento comum e à técnica de cognição plena e exauriente.

Colhe-se em Luiz Guilherme Marinoni, a seguinte passagem:

É chegado o momento do ‘tempo do processo’ tomar o seu efetivo lugar dentro da ciência processual, pois este não pode deixar de influir sobre a elaboração dogmática preocupada com a construção do processo justo ou aquele destinado a realizar concretamente os valores e princípios contidos na Constituição da República.⁴³

Assim, um dos aspectos mais importantes da temática da tutela jurisdicional diferenciada consiste na sua análise sob a ótica do devido processo legal (*due process of law*), quer em seu aspecto substancial (*substantial law*) quer em seu aspecto judicial (*judicial law*). Por essa razão, a análise de cada uma das técnicas de diferenciação de tutela deverá ser procedida à luz do devido processo legal: limites materiais para a utilização das técnicas de diferenciação.

Na construção de tutelas diferenciadas deve ser levado em consideração o problema da tutela tempestiva. Para a adequação da tutela dos direitos à luz da tempestividade, impõe-se considerar o tempo do processo, o qual, por si só, sempre causa dano, em especial ao autor que tem razão. A esse dano, causado inevitavelmente, pela simples demora do processo, Italo Andolina denominou de dano marginal.⁴⁴ Assim, a tutela adequada sob o aspecto da tempestividade exige “a

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 16.

⁴⁴ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 20.

concepção de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do processo.”⁴⁵

A adequação da tutela mediante a distribuição racional do tempo do processo é obtida mediante as técnicas de cognição combinadas com técnicas diferenciadas de procedimento. Como diz Donaldo Armelin, “a temática de uma tutela jurisdicional diferenciada requer [...] a indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela.”⁴⁶ A adoção das técnicas de cognição permitem a construção da atividade jurisdicional cognitiva a partir da necessidade e da suficiência da cognição e, ainda, a construção de modelos processuais adequados mediante a adoção de técnicas antecipatórias da tutela ou dos seus efeitos.

A locução “tutela diferenciada” era utilizada pela doutrina moderna, tanto pátria quanto comparada, com imprecisão, conforme anotou, na Itália, Proto Pisani,⁴⁷ e, no Brasil, Donaldo Armelin.⁴⁸

Proto Pisani, já constatava a evidência de que “não existe um único processo que ofereça uma única forma de tutela para todas as situações de vantagem, mas existem uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela; a diversidade destes processos e destas formas de tutela, e das suas combinações variáveis, refletem a diversidade das necessidades das situações de vantagem”.⁴⁹

⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15.

⁴⁶ ARMELIN, Donaldo. Tutelas jurisdicionais diferenciadas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O Processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 103.

⁴⁷ PISANI, Proto. Sulla tutela giurisdizionale diferenciata. *Revista de Dir. Proc.*, vol. XXXIV, Padova: Cedam, 1979, p. 536-537.

⁴⁸ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada, p. 105.

⁴⁹ Segundo Proto Pisani: "non esiste un unico processo che offra una unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono invece una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela; la diversità di questi processi e di questi forme di tutela, e delle loro varianti combinazioni, riflettono la

Para Donaldo Armelin, o problema conceitual da “tutela jurisdicional diferenciada” implicava pelo menos dois posicionamentos: o primeiro, “[...] adotando como referencial da tutela jurisdicional diferenciada a própria tutela, em si mesma, ou seja, o provimento jurisdicional que atende a pretensão da parte, segundo o tipo de necessidade de tutela ali veiculado”; o segundo, “[...] qualificando a tutela jurisdicional diferenciada pelo prisma de sua cronologia no *iter* procedimental em que se insere, bem assim como a antecipação de seus efeitos, de sorte a escapar das técnicas tradicionalmente adotadas nesse particular”.

No entanto, essa locução alcançava outros limites. Para José Rogério Cruz e Tucci, era “[...] utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento comum ordinário, a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais – de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária) “*tout court*”.⁵⁰ A referência ao procedimento cautelar dá a dimensão que alcançava a locução “tutela diferenciada”. Ernane Fidélis dos Santos visualizava o problema sob outra ótica e afirmava: “Moderna doutrina chama de tutela diferenciada o procedimento que contém a reunião de vários procedimentos em um só. O critério, porém, não se adapta ao sistema do Código.”⁵¹ Para Luiz Guilherme Marinoni, tutelas diferenciadas “[...] nada mais são do que tutelas alternativas ao procedimento ordinário e destinadas a tutelar de forma adequada e efetiva particulares situações de direito material”.⁵²

Como se vê, a temática da tutela diferenciada, qualquer que fosse a ótica, tinha como referencial o próprio processo civil clássico e sua matriz da *ordinarietà*.

diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio" (PISANI, Proto. *Appunti sulla giustizia civile*. Bari, 1982, p. 11).

⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Processo civil, realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 194-195.

⁵¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Procedimento monitorio*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, jan./mar. 1996, p. 30.

⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 259.

Em especial, confrontava-se com procedimento ordinário, adotado como padrão para a tutela dos direitos, já que o mesmo não tutelava adequadamente os direitos, pois não levava em consideração as peculiaridades do direito substancial e da realidade social,⁵³ razão pela qual era imprestável para a adequada tutela dos direitos. Isso porque, a tutela adequada dos direitos impunha a concepção de técnicas processuais e procedimentais adequadas às necessidades do direito substancial e da realidade social. Assim, num primeiro plano, pode-se dizer que a tutela diferenciada é a tutela jurisdicional prestada através de técnicas processuais e procedimentais adequadas às peculiaridades do direito substancial e da realidade social.

Porém, uma concepção tão ampla de tutela diferenciada remetia para o problema da análise da adequação da tutela mediante as técnicas de diferenciação e os critérios de escolha dos direitos que seriam adequadamente tutelados mediante a adoção de técnicas diferenciadas. No modelo processual clássico, a predisposição das técnicas de diferenciação e o critério de escolha dos direitos que seriam tutelados de forma diferenciada, eram reservados ao legislador, o qual atuava de forma casuística, não confiando ao juiz um parâmetro genérico aplicável a uma gama significativa de casos. Isso justifica a existência de um significativo número de tutelas diferenciadas no sistema processual brasileiro, cada uma delas representando um modo particular de ruptura com o processo civil clássico. A ruptura mais drástica e a mais expressiva forma de tutela diferenciada consistia na supressão do processo de conhecimento para a obtenção de título executivo, a exemplo do que ocorria com os títulos executivos extrajudiciais. Outras técnicas, porém, permeavam o sistema, sob a rubrica de procedimentos especiais.

A contraposição da tutela diferenciada à tutela ordinária ocorria, em especial, a com a adoção das técnicas de sumarização, tanto no sentido material⁵⁴ quanto no

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 259.

sentido formal.⁵⁵ Não raras vezes, combinando-as. Portanto, a tutela jurisdicional diferenciada caracterizava-se como técnica informada e condicionada por valores jurídicos norteadores da adequação da tutela, de seus instrumentos, ou de ambos, para emprestar um mínimo de efetividade ao processo e alcançar a efetividade da tutela jurídica. No que tange aos valores que informavam a tutela diferenciada, anotou Adroaldo Furtado Fabrício que “é perfeitamente correto afirmar-se, pois, que a tutela diferenciada se pode orientar ora pelo valor urgência, ora pelo valor evidência, assim como pode contemplar simultaneamente a ambos - como, aliás, é o mais freqüente.”⁵⁶

Nesse sentido, podem ser citadas como técnicas de diferenciação de tutela, as técnicas de cognição; as técnicas de procedimento; as técnicas de provimentos (satisfativos e não satisfativos), consistentes em técnicas declaratórias, condenatórias (com eficácia executiva mediata), mandamentais (mediante o uso da coerção indireta), executivas *lato sensu* (com eficácia executiva imediata), executiva (através dos meios de execução); as técnicas de antecipação de tutela (da condenação com reserva da exceção substancial indireta; por não contestação ou reconhecimento jurídico do pedido); a técnica monitória; a técnica do julgamento antecipado do pedido; as técnicas de estabilização dos efeitos materiais dos provimentos jurisdicionais; a técnica da supressão da coisa julgada material; as técnicas relativas ao ônus da prova (técnica de inversão do ônus da prova, legal ou judicial).⁵⁷

⁵⁴ Sumarização da cognição.

⁵⁵ Sumarização procedimental (procedimento abreviado).

⁵⁶ FURTADO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Inovações do código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 12.

⁵⁷ Vide em MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15.

3.5 A superação do obstáculo representado pelo distanciamento do direito material – uma ordem jurídica justa e a efetividade da tutela jurídica

O problema da efetividade no processo civil contemporâneo é uma matriz referencial genérica que atua nos modos de tutela dos direitos. Quando se afirma que o processo civil contemporâneo tem sua matriz teórica assentada na efetividade, já se vai falando em efetividade do processo. No entanto, quando se busca as causas do déficit de efetividade do processo civil clássico, constata-se que uma das principais causas consistia no seu distanciamento do direito material.

Esse distanciamento não implicava só o problema da efetividade do processo: implicava já o problema da efetividade da tutela jurídica. E, efetividade da tutela jurídica já é algo mais que efetividade do processo, porque implica duas realidades: uma ordem jurídica justa⁵⁸ e o acesso à essa ordem jurídica justa. No primeiro caso, o problema da efetividade do processo civil contemporâneo consiste em delimitar o campo de suas possibilidades para a realização de uma ordem jurídica justa. No segundo caso, o problema da efetividade do processo civil contemporâneo consiste na preordenação dos meios de acesso à ordem jurídica justa.

3.6 A efetividade como um problema em si - o problema da efetividade da tutela jurídica

Quando se afirma que ou há opção pela efetividade ou, então não se há falar em direitos declarados ou Estado de Direito, não se desconhece o fato de que a efetividade é posta como um problema, em si. E, como um problema em si, a

⁵⁸ A expressão “ordem jurídica justa” foi empregada pelo processualista Kazuo Watanabe (*Assistência judiciária e o juizado especial de pequenas causas*, p. 161 e ss.). Cândido Rangel Dinamarco compreende essa expressão com o significado de “abertura de caminhos para obter soluções justas para conflitos e eliminação de estados de insatisfação — justas porque conformes com os padrões éticos e sociais da nação” ((Superior Tribunal de Justiça e acesso à ordem jurídica justa. In: *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*, p. 251).

efetividade reclama um delineamento axiológico, já que a efetividade em si é um valor.

A imanente possibilidade de violação dos preceitos, prescritos no exercício da atividade normativa e a sua insuficiência para a obtenção dos resultados preordenados no plano do direito substancial, implica o problema da efetividade da tutela jurídica diante da possibilidade de sua falência. Nesse contexto, impõe-se a necessidade de um conjunto de atividades jurídicas que tem por finalidade a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, mediante atuação da sanção,⁵⁹ no caso de violação ou de ameaça de violação. Por essa razão, no plano da tutela jurídica, a tutela normativa encontra-se justaposta à tutela jurisdicional, como um modo de ser daquela, de caráter complementar, cuja necessidade é imanente ao conceito de tutela jurídica, sob a perspectiva da insuficiência da tutela normativa e da necessidade de efetividade da tutela jurídica.⁶⁰ Na perspectiva da efetividade da tutela jurídica, a jurisdição apresenta-se como atividade essencial no Estado de Direito, cuja necessidade impõe-se na medida em que a violação do direito constitui-se na falência da tutela normativa e risco de falência daquele.

⁵⁹ O problema da atuação da sanção é um problema imanente no mundo jurídico. A via jurisdicional é apenas uma das vias onde se manifesta o problema sancionatório. A via normativa é o campo por excelência do problema sancionatório. No âmbito de sua abrangência, a via administrativa também se constitui em uma das vias onde se manifesta o problema sancionatório.

⁶⁰ Calmon de Passos propõe a distinção entre tutela jurídica e prestação jurisdicional, nos seguintes termos: “Sempre procurei distinguir a *prestação da atividade jurisdicional* da *tutela jurídica*. São coisas distintas. A primeira, um dever-poder a que o Estado está obrigado constitucionalmente e que corresponde à prestação devida, em face do exercício, pelo sujeito, do seu direito de ação (direito de obter, do Estado-Juiz, um pronunciamento em face da postulação que lhe é formulada); a segunda, o deferimento de certo bem da vida, reclamado como próprio ou como devido ao que exercitou o seu direito de ação” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, v. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 9).

3.7 O problema da efetividade da tutela jurídica sob a ótica do instrumento para o exercício da atividade jurisdicional: o processo

Na medida em que a efetividade da tutela jurídica implica a existência do Estado de Direito, em função da imanente possibilidade de violação do direito, o problema da efetividade desloca-se para o instrumento da jurisdição, no caso, o processo. É nessa perspectiva que o problema da efetividade da tutela jurídica ganhou relevo na temática do acesso à justiça como método de pensamento para os estudos dogmáticos do direito processual aceito pela doutrina contemporânea. O eixo metodológico consistente no acesso à justiça exigiu uma perspectiva preponderante adequada ao novo método de investigações dogmáticas do processo. Para Cappelletti,⁶¹ a perspectiva mais adequada para os estudos dogmáticos do direito processual era a dos consumidores dos serviços jurisdicionais. A aceitação dessa perspectiva conduziu os estudos dogmáticos do direito processual para a seara da efetividade do processo.

3.8 A superação dos obstáculos representados pela intangibilidade da vontade humana e pela universalização da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia – a primazia da tutela do direito na forma específica

Na compreensão do significado da expressão tutela jurisdicional específica ou, em sua forma elíptica, tutela específica, compreende-se a tutela jurisdicional que tem por objeto a satisfação da pretensão do sujeito mediante a obtenção do bem objeto da prestação em rigorosa coincidência com o bem objeto da prestação no plano da relação jurídica substancial.

A categoria de princípio norteador da atividade jurisdicional descrito por Chiovenda na fórmula segundo a qual “o processo deve dar a cada um aquilo e tudo

⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come método de pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982, p. 243-245.

aquilo a que tinha direito” põe em relevo a necessidade de adequação dos instrumentos jurisdicionais para atendimento da pretensão em consonância com a maior coincidência possível entre o bem objeto da satisfação obtida mediante a tutela jurisdicional e o bem objeto da prestação no plano da relação jurídica material (substancial).

Assim, a prestação jurisdicional que confere ao jurisdicionado a tutela específica realiza o seu direito de forma tão fiel como se houvesse o cumprimento voluntário. Vale dizer, a tutela específica confere ao jurisdicionado exatamente o direito reclamado, o resultado obtido é exatamente o que fora esperado.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “ao falarmos de ‘tutela específica’, temos em vista o conjunto de remédios e providências tendentes a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático atingível por meio do adimplemento.”⁶² No mesmo sentido, Flávio Luiz Yarshel, afirma que a tutela específica propicia “a mesma eficácia prática que lhe teria advindo do adimplemento da obrigação de que figura como credor.”⁶³

Conforme entendimento majoritário, a tutela específica tem seu âmbito de abrangência nas obrigações que têm por objeto a prestação consistente num fato positivo ou negativo, ou noutras palavras, as obrigações de fazer ou não fazer, e nas obrigações que têm por objeto a prestação consistente em dar alguma coisa. Nesses casos, a satisfação da pretensão deve atender a especificidade do bem objeto da prestação.

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 31.

⁶³ YARSHEL, Flávio, Luiz. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 33.

A tutela específica apresenta-se como técnica que prestigia a tutela dos direitos, à medida em que, quando se fala em efetividade da tutela dos direitos não se pode pensar na via restrita de conversão ao equivalente pecuniário, pois como adverte Ada Pellegrini Grinover:

[...] o equivalente pecuniário mal se adapta a muitas situações, principalmente as de cunho não patrimonial, que se ligam freqüentemente a direitos fundamentais (como a vida, a honra, a integridade física, a intimidade) ou a direitos da comunidade ligados à qualidade de vida, ao meio ambiente, aos consumidores, etc.⁶⁴

Por essa razão, o princípio da intangibilidade da vontade humana foi aos poucos sendo relativizado e acabou por abrir espaço para mecanismos que possibilitem a obtenção da tutela específica, como coerção (direta ou indireta) ou a substituição por medida equivalente.

Superada a falsa concepção, reinante outrora, de que o devedor não poderia ser compelido ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, afastou-se o obstáculo que impedia mecanismos coercitivos sobre a vontade do mesmo, restando apenas o óbice natural, decorrente da impossibilidade de cumprimento no que tange às obrigações de fazer naturalmente infungíveis.

Vejam-se a esse respeito, o escólio de Luiz Eulálio de Bueno Vidigal:

Durante muito tempo prevaleceu a concepção errônea de inexigüibilidade específica das obrigações de fazer e não fazer, ante a resistência oferecida pelo devedor, o qual não poderia ser coagido direta ou indiretamente para o cumprimento da obrigação, visto considerar-se preponderante o princípio do ‘absoluto respeito à liberdade individual’, retratado pelo art. 1142 do Código Civil Francês, segundo o qual ‘toda obrigação de fazer ou não fazer

⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 65-76, jul./set. 1995, p. 66.

resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor.

Essa limitação, contudo, foi cedendo aos poucos e dando lugar ao princípio do ‘absoluto respeito das obrigações’, segundo o qual a obrigação específica de um determinado comportamento individual deriva sempre de uma vontade livremente manifestada e, portanto, deve ser cumprida, passando ambos a coexistirem de forma mais atenuada: sempre que possível, a execução específica, no caso de impossibilidade, justa indenização.⁶⁵

É importante registrar que, seguindo as pegadas dos pressupostos informadores do processo civil contemporâneo, a concepção de tutela específica não deve restringir-se às obrigações de fazer e não fazer, como se pensou outrora, mas ampliar-se a outras categorias, como demonstra Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que “a tutela específica, em princípio, é aquela que confere ao autor o cumprimento da obrigação inadimplida, seja a obrigação de entregar coisa, pagar soma em dinheiro, fazer ou não fazer.”⁶⁶ Luiz Guilherme Marinoni salienta que “o legislador, ciente das necessidades de tutela do direito material, disponibilizou técnicas capazes de permitir a prestação da tutela jurisdicional de modo efetivo e adequado.”⁶⁷ E mais:

Os arts. 461 do CPC e 84 do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não-fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer.⁶⁸

Segundo Marinoni, podem ser adequadas para se atingir a tutela específica tanto a técnica mandamental, quanto a técnica executiva, conforme as exigências do

⁶⁵ VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 152.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 67.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 71.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 71.

direito material.⁶⁹ Vale dizer, no caso de obrigação naturalmente infungível, afigura-se adequada a técnica mandamental, pois ordena que faça, sob pena de ameaça que possa levar o réu a adimplir. A ameaça consiste na multa, coerção indireta, destinada a compelir o abrigado ao adimplemento. Já para as obrigações de fazer fungíveis, embora a técnica mandamental também possa ser utilizada, afigura-se mais adequada a técnica executiva, pois permite a coerção direta ou a sub-rogação, com vistas à obtenção da tutela específica.

É importante destacar, por fim, a diferença entre a tutela específica e a tutela do bem *in natura*. Aquela é gênero de que esta é espécie, ao lado da tutela não-pecuniária. Há formas de obtenção de tutela na forma específica que não se restringe ao restabelecimento do bem *in natura*. A compreensão dessa distinção decorre do fato de que a tutela na forma específica pode ocorrer com o restabelecimento do bem *in natura* mas, também, através de uma outra forma, que é a do ressarcimento na forma específica, cuja reparação implica em uma prestação não pecuniária. No âmbito da tutela específica tem cabimento a tutela do bem mediante o resultado equivalente.

4. Uma breve referência à hermenêutica adequada para a nova dogmática processual civil

A nova elaboração dogmática do processo civil exige uma hermenêutica aberta ao plano do direito substancial. Uma hermenêutica aberta ao plano do direito substancial somente se justifica à luz de uma concepção procedimentalista construtivista. Essa nova dogmática processual, caracterizada por sua abertura ao plano do direito substancial, constitui-se, em si, uma nova perspectiva, cujos melhores resultados somente serão obtidos se não houver laivos de retrocesso em direção à uma perspectiva fechada, quer seja à do direito processual, quer seja à do

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 71.

direito substancial. Assim, uma hermenêutica procedimentalista aberta ao direito substancial, assentada no pressuposto da tutela dos direitos, permite o exame dos institutos processuais, de seus instrumentos e de suas técnicas, a partir da perspectiva dos resultados a serem obtidos no plano do direito substancial, cujo eixo metodológico adequado é o da tutela jurisdicional dos direitos. Isso porque, é na perspectiva da tutela dos direitos que se torna admissível a inserção da tutela jurisdicional, razão pela qual a mesma pode ser eleita como eixo metodológico. E é na temática da tutela jurisdicional dos direitos que restam contempladas tanto a perspectiva do direito substancial quanto a perspectiva do direito processual.

Essa perspectiva dupla é válida porque, como um modo de ser da tutela dos direitos, a tutela jurisdicional, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, a partir do critério dos resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial. Essa solução nada mais é do que um resultado lógico, na medida em que a tutela jurisdicional é um modo de ser da tutela jurídica, ou seja, da tutela dos direitos.

CAPÍTULO II

DA TUTELA DOS DIREITOS

1. Considerações gerais

A reinserção da temática da tutela dos direitos, como eixo metodológico a ser considerado nos estudos dogmáticos do processo civil, decorreu da necessária inclusão da perspectiva do direito substancial sem a exclusão da perspectiva processual, o que implica no deslocamento do critério de aferição da efetividade do processo para os resultados a serem obtidos no plano do direito substancial. Esse pressuposto teórico implica na necessidade de uma nova elaboração dogmática, a qual possibilite o exame dos institutos processuais, de seus instrumentos e de suas técnicas a partir da perspectiva dos resultados a serem obtidos no plano do direito substancial.

No delineamento da dogmática do processo civil contemporâneo, fruto das inovações introduzidas no ordenamento jurídico processual brasileiro, em especial as que ocorreram com os artigos 84 do CDC e 461 do CPC, deve adotar como ponto de partida a reflexão em torno da tutela jurídica e da tutela dos direitos.

No âmbito da Ciência Jurídica, tutela, em sentido amplo, é modo de proteção mediante atividades jurídicas. Assim, a tutela jurídica⁷⁰ constitui-se em um modo de proteção dispensada pelo Estado consistente *a)* na preordenação dos resultados no plano do direito substancial; e, *b)* na realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Eis aí o núcleo de um problema delimitado no âmbito da tutela dos direitos: preordenação e realização dos resultados no plano do direito

⁷⁰ Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco: “Tutela jurídica, no sentido mais amplo, é a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação aos outros membros do convívio” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A Tutela jurisdicional, *RePro*, n. 81, p. 61).

substancial. A tutela jurídica, enquanto atividade estatal, pode ser visualizada em seus três planos de atividades:⁷¹ a) tutela normativa; b) tutela administrativa⁷² e, c) tutela jurisdicional. Portanto, a temática da tutela jurídica compreende toda atividade jurídica (não só estatal), por si, ou por intermédio de outrem, dispensada para proteção às pessoas, nas suas situações de vantagem, seja em relação aos bens, seja em relação ao convívio com outras pessoas.

A tutela normativa realiza a função de preordenação dos resultados com a declaração dos direitos substanciais, mediante atividades jurídicas consistentes na edição formal de preceitos reguladores da convivência dos homens e nas suas relações com os bens,⁷³ com prescrição de normas de condutas genéricas e abstratas que constituem o direito substancial (ou material). A preordenação de resultados, mediante tutela normativa, em si, é insuficiente para a realização dos preceitos reguladores de condutas, ou seja, para a realização dos resultados preordenados.⁷⁴⁻⁷⁵ Essa insuficiência decorre da possibilidade de violação dos preceitos reguladores de condutas, na medida em que a obtenção dos resultados preordenados pelo direito substancial depende, em grande parte, da cooperação do destinatário da norma. Essa insuficiência implica um aspecto que lhe é inerente: a previsão da possibilidade de violação dos preceitos reguladores de condutas. A imanente

⁷¹ Nesse sentido, veja-se o escólio de Cândido Rangel Dinamarco: “A tutela jurídica estatal realiza-se em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade desses preceitos. A definição das regras de convivência está no plano do que se denomina direito material e revela-se nas técnicas pelas quais se definem abstratamente situações de vantagem ou desvantagem de um indivíduo ou grupos de indivíduos perante outro em relação a algum bem da vida” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Tutela jurisdicional*, *RePro*, v. 81, p. 61).

⁷² No que tange ao objeto do presente trabalho, não será examinada a tutela dos direitos realizada mediante a atividade estatal administrativa.

⁷³ Bem é tudo aquilo capaz de satisfazer necessidades.

⁷⁴ Hamilton Moraes e Barros afirma que: “ao lado da tutela normativa, para dar-lhe vida e torná-la efetiva e atuante, quando houver negações está a tutela jurisdicional” (BARROS, Hamilton Moraes e. Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no código de processo civil de 1973. *Revista Forense*, n. 246, p. 201).

⁷⁵ O problema da insuficiência também é apontado por Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25-49).

possibilidade de violação dos preceitos, prescritos no exercício da atividade normativa, e a sua insuficiência para a obtenção dos resultados preordenados no plano do direito substancial, implicam o problema da efetividade da tutela jurídica diante da possibilidade de falência da tutela normativa.⁷⁶

No núcleo do problema delimitado no âmbito da tutela jurídica, ao lado da preordenação e realização dos resultados no plano do direito substancial, insere-se o problema da violação dos direitos, ou seja, a conduta *contra ius*, ou, ainda, o ilícito. Por essa razão, o primeiro passo na concepção da efetividade da tutela jurídica consiste na consideração da perspectiva binária a que se submete o mundo jurídico: licitude-ilicitude. Nesse contexto, é que se impõe a necessidade de um conjunto de atividades jurídicas que tem por finalidade a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, no caso de violação dos direitos ou de ameaça de sua violação. Logo, é na perspectiva da insuficiência da tutela normativa que a efetividade põe-se como um dilema tanto para a tutela normativa quanto para o Estado de Direito: na medida em que a violação do direito constitui-se num risco de falência da tutela normativa e do próprio Estado de Direito, ou há opção pela efetividade, ou, então, não se há falar em direitos declarados ou em Estado de Direito.⁷⁷

2. Tutela jurisdicional dos direitos

2.1 Considerações gerais

Na doutrina, constata-se a compreensão de que a temática da tutela jurisdicional voltou a ser obrigatória nos estudos do processo civil.⁷⁸ O ponto nodal dessa

⁷⁶ CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare*. Unione Tipografico - Editrice Torinese, p. 110.

⁷⁷ A rigor, a classificação binária só tem sentido se houver uma forte compromisso com a efetividade. Se não houver esse compromisso forte, esgarça-se a linha divisória do binômio e esmaece a concepção de mundo jurídico e da necessária segurança nas relações marcadas pelo caráter da solidariedade e dignidade da pessoa humana.

temática consiste na localização de sua identidade conceitual. É conhecida a posição assumida por Liebman no sentido de que “Só tem direito à tutela jurisdicional aquele que tem razão, não quem ostenta um direito inexistente”⁷⁹. Essa postura implica na vinculação do conceito de tutela jurisdicional ao resultado favorável a uma das partes, motivo pelo qual somente poderá ser reconhecido, ao final, quem tem direito à tutela jurisdicional. Cândido Rangel Dinamarco adota essa postura liebmaniana, com o que acaba por inserir o resultado favorável no conceito de tutela jurisdicional.⁸⁰

No entanto, quando se afirma que a tutela jurisdicional deve ser apta para a produção dos resultados preordenados no plano do direito substancial, constata-se um novo elemento conceitual essencial: a tutela jurisdicional como resultado preordenado no plano do direito substancial. Esse novo elemento conceitual decorre da compreensão de que a proteção outorgada no exercício da jurisdição deve ser adequada, por imposição do princípio da efetividade da tutela jurídica. Isso leva a doutrina a afirmar a necessidade de uma “tutela jurisdicional adequada”,⁸¹ ao mesmo tempo em que compreende a tutela jurisdicional como uma “garantia”

⁷⁸ Conforme noticia Cândido Rangel Dinamarco, “para a doutrina processualista pátria a partir do momento metodológico do processo civil de resultados” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Tutela jurisdicional*, *RePro*, v. 81, p. 61).

⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. 1, p. 147.

⁸⁰ Segundo Dinamarco: “Tutela jurisdicional não é o mero exercício da jurisdição ou somente a outorga do provimento jurisdicional em cumprimento ao dever estatal que figura como contraposto ao poder de ação”.⁸⁰ “Tutela jurisdicional é o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo. ‘Tutela é ajuda, proteção. É *jurisdicional* a proteção outorgada mediante o exercício da *jurisdição*, para que o sujeito beneficiado por ela obtenha, na realidade da vida e das relações com as coisas ou com outras pessoas, uma situação mais favorável do que aquela em que antes se encontrava” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Tutela jurisdicional*, *RePro*, v. 81, p. 61).

⁸¹ Conforme anota Luiz Guilherme Marinoni: “Ora, se o Estado tem o dever de prestar a devida tutela jurisdicional, entendida esta como a tutela apta a tornar efetivo o Direito Material, o homem tem o direito “à adequada tutela jurisdicional,” que é elemento indissociável do “due process of law”. Direito à adequada tutela jurisdicional quer dizer direito a um processo efetivo, próprio às peculiaridades de pretensão de direito material de que se diz titular aquele que busca a tutela jurisdicional” (MARIONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Adequada Tutela Jurisdicional*, *Revista dos Tribunais*, n. 633, p. 244).

constitucional. A necessidade da ênfase dada à tutela jurisdicional como “garantia” constitucional decorre do fato de que a tutela jurisdicional é um modo de tutela dos direitos que carece de tutela jurídica. Mas não de uma tutela jurídica qualquer: carece de uma tutela jurídica qualificada pelo assento constitucional. Portanto, a tutela jurisdicional insere-se num contexto mais amplo: a tutela dos direitos, porque a tutela jurisdicional é um modo de tutela dos direitos.

Essa perspectiva fica muito clara quando se constata, de um lado, a inviabilidade do abandono puro e simples das relevantes conquistas alcançadas pela ciência processual, e, de outro, a inescusável inclusão do resultado preordenado no plano do direito substancial, como resultado a ser fornecido pelo processo. A conciliação dessas duas perspectivas implicava a necessidade de um eixo metodológico que dê conta da empreitada consistente nessa nova elaboração dogmática. Essa linha de raciocínio foi bem compreendida por Luiz Guilherme Marinoni, o qual fez duas sérias advertências: a) “a necessidade de pensar o processo na perspectiva do direito material obriga-nos a raciocinar em termos de tutela dos direitos”; b) pensar o processo em termos de tutela dos direitos “acaba exigindo uma nova elaboração dogmática, capaz de dar conta dos reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial.”⁸²

Portanto, parece inescusável fletir o raciocínio para a temática da tutela dos direitos, já que é na seara da tutela dos direitos que se encontram “os reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial”. Por essa

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61. Cândido Rangel Dinamarco faz um reparo nessa tendência, sustentando que: “Discorrendo sobre a *tutela jurisdicional “dos direitos”*, no entanto, a doutrina falha só ao omitir o conceito de tutela *tout court*, como ainda ao pressupor a existência de direitos e confinar o gênero *tutela jurídica* no círculo das atividades que o Estado desenvolve para a proteção dos direitos que as pessoas tenha. Mesmo na obra moderna de dimensão mais abrangente sobre o tema disse-se somente que “*la nozione di tutela é assai larga*” (Adolfo Di Majo) mas o contexto apresenta somente o estudo dos meios pelos quais o Estado, em sede jurisdicional ou não, provê à observância, conservação ou restauração dos direitos. Move a idéia de tutela como meio de promover a *efetividade do ordenamento jurídico*. O mal está em considerar os *direitos* como objeto da tutela estatal e não o homem” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Tutela jurisdicional*, *RePro*, v. 81, p. 61).

razão, constata-se a necessidade de se pensar “em termos de tutela jurisdicional dos direitos”, razão pela qual sobre ela se avoluma a preocupação tanto na Itália quanto no Brasil.

O esforço, no entanto, não deve ser direcionado para a crítica sobre a validade, ou não, de uma dogmática processual aberta ao direito substancial, mas, sim, para fugir de posições que impliquem retrocesso altamente negativos para a própria ciência processual. Aliás, as bases que permitiram culminar na tutela jurisdicional dos direitos, como eixo metodológico, foram assentadas pela doutrina no árduo processo de revisão dos institutos processuais, seus instrumentos e suas técnicas.

Exemplo disso ocorreu com o instituto consistente no direito de ação, o qual, nos termos enfatizados por Marinoni, “não pode mais ser compreendido como simples direito a uma sentença de mérito.”⁸³ Com total acerto, Marinoni entende que a adequação da tutela jurisdicional ao plano do direito material, encontra assento constitucional:

Esse modo de compreender o direito de ação não guarda qualquer relação com os postulados do direito processual moderno. Se o que importa, quando se pensa em termos de efetividade do processo, é a realização concreta dos direitos, o direito de ação, constitucionalmente garantido, deve ser visto como o direito que garante a tutela adequada ao plano do direito material.⁸⁴

Essa assertiva, no entanto, não implica num retrocesso à teoria civilista da ação muito menos uma ruptura com a idéia de “direito abstrato de ação”, como bem explica Marinoni:

⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 397.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 397.

Quando se alude à necessidade de o direito de ação garantir a tutela adequada ao plano do direito material quer-se dizer, apenas, que o direito abstrato de ação constituirá garantia da atipicidade da tutela apenas dentro de uma lógica que tome em consideração as relações do processo com o direito material, concebendo a tutela jurisdicional como autêntica resposta às suas necessidades.⁸⁵

Essas relações entre o direito e o processo, ou seja, o binômio direito-processo, implica que o processo deve ser apto “a prestar tutela às várias situações de direito substancial.”⁸⁶⁻⁸⁷ Essa perspectiva permitiu a proposta de uma “releitura” do art. 75 do Código Civil de 1916,⁸⁸⁻⁸⁹ ao mesmo tempo em que pôs em evidência a necessidade do delineamento da noção de tutela.

Assim, para a correta compreensão da noção de tutela, deve-se excluir três idéias até então prestigiadas: a de que seria válida a busca de um conceito de tutela no campo exclusivo do processo; a da suposição de que a tutela de conhecimento é sinônimo de sentença; e, a de que tutela não pode significar apenas sentença.⁹⁰

⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 397-398.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 398.

⁸⁷ Para Kazuo Watanabe: “o artigo 75 do CC de 1916 somente não se constituiu na explicitação, a nível infraconstitucional, do princípio da efetividade e da adequação da tutela jurídica processual devido a uma “intransigência doutrinária, surgida na fase em que o direito processual aspirava autonomia como um ramo da ciência jurídica.” (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 523).

⁸⁸ A proposta de “releitura” do art. 75 adveio da pena de José Carlos Barbosa Moreira, que assim explicitou: “Lê-se no art. 75 do CC: ‘A todo direito corresponde uma ação que o assegura’. Esse texto, quase septuagenário, refletia decerto idéias hoje abandonadas; mas não seria tão espantoso que uma ‘releitura’ sem preconceitos lograsse extrair da antiga partitura sonoridades modernas.”(MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Temas de direito processual*. 3. Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 208.).

⁸⁹ José Roberto dos Santos Bedaque visualiza no contexto dos artigos 5º, XXXV da CF e art. 75 do CC de 1916 o fundamento substancial da tutela jurisdicional dos direitos: “Tais dispositivos seriam, portanto, representativos da visão dos institutos processuais a partir do seu objeto, ou seja, do direito material. É a visão de tutela jurisdicional, ou tutela jurisdicional de direitos”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 83). A necessidade de “reaproximação dos planos material e processual”, restou também demonstrada por Alcides Munhoz da Cunha. (CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73).

⁹⁰ A idéia central de Marinoni está assim redigida: “Afim, o que é tutela? Não se pode, como é óbvio, buscar um conceito de tutela no campo exclusivo do processo; descarte-se, assim, a suposição de que tutela de conhecimento é sinônimo de sentença. Se não tema mais relevância a idéia de direito de ação

Mas, o que se deve entender por tutela jurisdicional dos direitos? Deve-se entender que o jurista que estuda o processo civil deve fazê-lo comprometido com a efetividade da tutela jurídica, ou seja, com “um sério compromisso de pensar em um processo que possa responder, com efetividade, às diversas necessidades de tutela do direito material”.⁹¹

2.2 Elementos para a configuração da tutela jurisdicional adequada

Na medida em que é no campo da tutela jurisdicional dos direitos que o direito processual, essencialmente instrumental, acopla-se ao direito substancial, tornando-a um eixo metodológico adequado para o exame da efetividade da tutela jurídica, impõe-se o exame do critério adequado para a sua análise. Para tanto, deve-se considerar o fator que a torna um eixo metodológico adequado: a tutela jurisdicional dos direitos é um modo de ser da tutela dos direitos caracterizado pela interseção do direito processual, essencialmente instrumental, ao direito substancial, a partir do critério dos resultados a serem obtidos pelo exercício da jurisdição no plano do direito substancial. Portanto, o critério adequado para a análise da tutela jurisdicional deve levar em consideração essa dupla perspectiva: os resultados a serem obtidos pelo processo no plano do direito substancial e as técnicas processuais adequadas para a obtenção desse resultado. Isso implica na necessidade de exame dos elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional adequada.

A delimitação dos elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional adequada dos direitos tem sido um dos pontos nevrálgicos da elaboração da nova dogmática processual civil. Isso porque, a elaboração de uma

como direito a uma sentença, tutela não pode significar, obviamente, apenas sentença” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 398).

⁹¹ E mais: “Não se trata, portanto de utilizar a expressão ‘tutela’ apenas por amor conceitual – ou, ou que é pior, por simples preferência terminológica –, mas de tentar elaborar uma construção dogmática capaz de dar conta das diferentes necessidades de tutela dos direitos” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 63).

nova dogmática do processo civil, sob o cânone da perspectiva jurídico-substancial, exige um critério adequado para a análise da tutela jurisdicional dos direitos, na medida em que não se pode falar em processo desapartado de sua efetividade à luz dos resultados que deve proporcionar como instrumento adequado para a tutela dos direitos. Luiz Guilherme Marinoni, ao revisitar do significado da expressão “tutela jurisdicional dos direitos”, delineou uma verdadeira chave mestra do processo civil contemporâneo: a compreensão da tutela jurisdicional dos direitos a partir de dois critérios: 1) dos resultados no plano do direito substancial; e, 2) dos meios ou técnicas processuais que proporcionam o resultado no plano do direito substancial. Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni: “A tutela jurisdicional, em uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido.”⁹² E acrescenta:

Quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada.⁹³

Portanto, a temática da tutela jurisdicional, à luz do critério do resultado no plano do direito material, amolda-se à uma categoria denominada tutela jurisdicional em sentido estrito. Já a temática da tutela jurisdicional, à luz do critério consistente nas técnicas processuais ou meios para a obtenção do resultado no plano do direito material, amolda-se à uma categoria denominada tutela jurisdicional em sentido amplo. Por essa razão, a análise da temática consistente na tutela jurisdicional deve levar em consideração os dois sentidos pelos quais pode ser compreendida.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61

⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61

Por fim, para uma correta configuração da tutela jurisdicional, deve-se considerar que o isolamento dos critérios, resultados e meios ou técnicas, permite o exame das técnicas processuais de tutela ou meios para a obtenção dos resultados no plano do direito substancial. No que tange às técnicas processuais para a correta configuração da tutela jurisdicional, deve-se considerar: a) a técnica dos provimentos jurisdicionais; b) a técnica coercitiva; e, c) a técnica cognitiva.⁹⁴

Logo, a necessidade de se compreender os resultados preordenados no plano do direito substancial e as técnicas processuais para a obtenção desses resultados, razão pela qual esses dois elementos (resultados preordenados no plano do direito substancial e técnicas processuais para a obtenção desse resultado) aparecem como elementos necessários para a configuração da tutela jurisdicional.

⁹⁴ Para Talamini, “eficácia dos provimentos jurisdicionais, sanções e mecanismos sancionatórios devem ser relacionados para a adequada configuração da tutela jurisdicional” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 166).

CAPÍTULO III

OS RESULTADOS PREORDENADOS NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL: O PROBLEMA DA SANÇÃO

1. Considerações gerais

Na medida em que o critério para a aferição da efetividade da tutela jurídica encontra-se no plano do direito substancial, no qual a tutela jurisdicional aparece com o sentido complementar para a obtenção desses resultados preordenados, constata-se que o critério para a aferição da efetividade do processo, enquanto instrumento da jurisdição, encontra-se no plano do direito substancial, razão pela qual verifica-se uma guinada inescusável na problemática da efetividade do processo, deslocada de uma perspectiva interna para uma perspectiva externa. Para que isso não signifique um retrocesso, deve-se considerar o redimensionamento da perspectiva científica processual decorrente da reinserção da temática da tutela dos direitos, o que implica na análise da correta configuração da tutela jurisdicional à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial e sua respectiva classificação. Esse é o campo de cobertura específico da tutela jurisdicional em sentido estrito.

Quando se mantém na retentiva o problema dos resultados preordenados no plano do direito substancial, constata-se que, a rigor, esses resultados devem levar em consideração dois aspectos fundamentais: a possibilidade de violação ou de ameaça de violação dos direitos, como algo inerente à concepção normativa e o modo da disciplina da proteção dos direitos, no caso de violação e de ameaça de violação. Nesse caso, devem ser examinados dois pressupostos teóricos da nova dogmática do processo civil: o primeiro, consistente no isolamento da categoria do ilícito e da categoria do dano, o que implica, necessariamente, na revisitação do conceito de sanção e da modelagem da sanção do ilícito e da sanção do dano; o segundo, consistente no isolamento dos modos de tutelas voltadas contra o ilícito e

de tutelas voltadas contra o dano. Nesse último aspecto é que se localiza o problema da classificação das tutelas, o qual também vem se mostrando ponto nevrálgico do processo civil contemporâneo.

2. O problema da disciplina do ilícito para a efetividade da tutela jurídica: a necessidade de distinção das categorias do ilícito e do dano

Quando se mantém na retentiva o problema dos resultados preordenados no plano do direito substancial, constata-se, a rigor, que a compreensão desses resultados deve levar em consideração dois aspectos fundamentais: a) a possibilidade de violação dos direitos, como algo inerente à concepção normativa, e b) o modo da disciplina da proteção dos direitos, no caso de violação e/ou de ameaça de violação. Portanto, o primeiro passo na concepção da efetividade da tutela jurídica consiste na consideração da perspectiva binária a que se submete o mundo jurídico: licitude-ilicitude. Porque, na medida em que o mundo jurídico é classificado na perspectiva binária – lícito-ilícito –, os elementos que compõem esse binômio passam a ser o objeto de análise: à classe dos fatos jurídicos em sentido amplo lícitos contrapõe-se a classe dos fatos jurídicos em sentido amplo ilícitos. Assim, tanto importa o exame do lícito quanto importa o exame do ilícito, ou, ainda melhor: na perspectiva das crises jurídicas o ilícito se torna um ponto nuclear. Mas, o que é o ilícito? A resposta dessa pergunta não é muito fácil. Primeiro, porque o ilícito é um fato jurídico. Logo, somente por ser compreendido como fato jurídico. E, como fato jurídico, importam dois aspectos: a) o suporte fático desse fato jurídico, ou seja, o suporte fático do fato jurídico ilícito: o que caracteriza a violação do direito; e, b) a consequência jurídica da violação do direito, ou seja, a consequência jurídica do ilícito.

A larga experiência amalhada na vigência do modelo processual clássico revelou a importância da correta compreensão do ilícito. Isso porque, essa compreensão pode mudar ao sabor da composição do suporte fático exigido para a

deflagração da consequência jurídica. Por outro lado, a própria consequência jurídica pode determinar a compreensão do ilícito, nos casos em que o sistema jurídico opta por prescrever a consequência jurídica do ilícito em vez de descrever o ilícito.

Quando se afirma que o processo civil clássico caracterizava-se pela universalização da tutela ordinária, sob a matriz da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, constata-se, aí, duas situações extremamente importantes para a temática da efetividade da tutela jurídica: Nesse modelo processual, constata-se a identificação da categoria do ilícito com a categoria do dano. Por essa razão, compreende-se como regra, nesse modelo, uma tutela voltada contra o dano e não contra o ilícito. Por isso, qualquer forma de tutela voltada contra o ilícito implicava numa ruptura com o paradigma da *ordinariedade*, o que remetia para a construção de uma tutela diferenciada. Essa a razão pela qual, em determinadas espécies de tutelas diferenciadas, o problema do isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano era algo inevitável.⁹⁵ Nos demais casos, em que prevalecia o modelo de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano era irrelevante, pois prevalecia um dogma originário do direito romano, de que a tutela de reparação é a única forma de tutela contra o ilícito.⁹⁶ Isso levou Luiz Guilherme Marinoni a advertir: “[...] é preciso deixar claro que a doutrina brasileira nega a diferença entre ilícito e dano”, referindo-se ao escólio de Orlando Gomes para quem “o ilícito civil só adquire substantividade se é fato danoso”.⁹⁷

⁹⁵ Um exemplo marcante dessa situação ocorreu com o mandado de segurança, o qual representa um modo particular de ruptura com o paradigma da *ordinariedade*, caracterizado por ser um modo de tutela dos direitos voltada contra o ilícito.

⁹⁶ RAPISARDA, Cristina. Inibitoria (azione), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1. MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela específica*, p. 20.

⁹⁷ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 313-314.

Essa concepção remeteu para a necessidade de revisão do conceito de ilícito, a exemplo do que ocorreu na doutrina italiana, a partir “das novas necessidades de tutela, próprias dos novos direitos, que não podem ser adequadamente tutelados via ressarcitória”.⁹⁸ A revisão do conceito de ilícito era necessária porque, como afirma Cesare Salvi:

A identificação entre ilícito e dano deixou no escuro outras possíveis formas de sanção do ilícito e do dano, reservando à tutela inibitória a proteção da propriedade e de outros direitos absolutos, em uma visão marcadamente restritiva e privatista.⁹⁹

Para Marinoni:

A confusão entre ilícito e dano seria o reflexo do fato de que o dano é a prova da violação e, ainda, do aspecto de que entre o ato ilícito e o dano subsiste freqüentemente uma contextualidade cronológica que torna difícil a distinção dos fenômenos, ainda no plano lógico.¹⁰⁰

Nesse contexto, a distinção é necessária e ganha relevo no que tange à adequada tutela dos direitos, em especial, àqueles de conteúdo não patrimonial, porque é nesse campo que o problema da inadequação da tutela ressarcitória se apresenta de forma mais aguda. Isso porque, em regra, os direitos de conteúdo não patrimonial carecem de um modo de tutela adequada a fim de que não sejam transformados em pecúnia, dado seu caráter extrapatrimonial, pois, conforme anota Marinoni, “não importa, para a tutela dos direitos que têm conteúdo não patrimonial, o dano, e portanto, a tutela ressarcitória.”¹⁰¹ Essa assertiva está assentada na premissa de que o dano “é algo absolutamente acidental na vida do

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 27.

⁹⁹ SALVI, Cesare. Legittimità e “razionalità” dell’art. 844 Codice Civile, *Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 25.

¹⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 23.

ilícito; ele é uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito. O ato ilícito, em outras palavras, pode ou não provocar um dano.”¹⁰²

Logo, é necessário compreender que o ilícito é um ato contrário ao direito (*contra jus*), o qual prescinde do dano para sua caracterização, razão pela qual exige uma tutela voltada exclusivamente contra o ilícito, independentemente do dano. E, ainda por essa razão, é necessário compreender que a caracterização do ilícito prescinde do elemento subjetivo (dolo ou culpa), já que essas categorias são necessárias para a caracterização da responsabilidade civil, a qual exige o dano, e, via de regra, sua conjugação com a culpa ou o dolo. Portanto, para a adequada tutela dos direitos de conteúdo não patrimonial, é imprescindível a distinção entre ilícito e dano, além da construção de uma “dogmática de tutela desses direitos”, já que os mesmos “não encontram resposta efetiva na velha tutela que relaciona o ilícito com o pagamento de indenização.”¹⁰³

Embora a tendência acentuada da doutrina brasileira em não distinguir ilícito de dano, a distinção, em si, e sua importância, não era desconhecida pela melhor doutrina. A propósito, Pontes de Miranda já advertia, com razão, para que “não se identifiquem o *delito* (ato ilícito) e a *reparabilidade*”, na medida em que “pode haver delito, ou melhor, ato ilícito, sem dano, e pois sem que se possa reclamar reparação.”¹⁰⁴

A importância dessa distinção, no entanto, atingia um grau ínfimo diante de um modelo que insistia em voltar-se apenas contra o dano e não contra o ilícito, a exemplo do que ocorria na seara privatística civilista brasileira, onde prevalecia o

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 25.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 28.

¹⁰⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. t. XII. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 110.

entendimento de que o ilícito só ganhava relevo na perspectiva do fato danoso.¹⁰⁵⁻

¹⁰⁶ A gravidade dessa situação é constatada, ainda mais de perto, no pensamento do próprio Pontes de Miranda, o qual, embora já advertisse para que “não se identifiquem o *delito* (ato ilícito) e a *reparabilidade*”, acabava afirmando que “a ilicitude só permite a *legítima defesa*, as ações de manutenção de posse, os preceitos cominatórios, o *habeas corpus* e outros remédios preventivos dos danos à pessoa ou ao patrimônio”.¹⁰⁷ Esse escólio representava o caráter de exceção assumido pelo modo de tutela contra o ilícito, ressaltando a peculiaridade das tutelas diferenciadas. E mais: os exemplos apontados por Pontes de Miranda, colhidos no ordenamento jurídico positivo da época, refletia tanto a inexistência de previsão genérica de uma tutela voltada contra o ilícito, quanto a postura patrimonialista do direito.¹⁰⁸

No entanto, embora seja forçoso reconhecer que o problema da distinção entre o ilícito e o dano constituía um aspecto quase irrelevante para a doutrina civilista, o mesmo não ocorreu com a doutrina publicista, em especial no que tange ao problema da contenção da arbitrariedade no exercício do poder público. Tanto é que o aspecto mais relevante do mandado de segurança constitui-se, exatamente, em ser um modo de tutela de segurança voltado contra o ilícito. Essa característica é constatada desde suas raízes históricas, quer seja no plano doutrinário, quer seja no plano jurisprudencial, quer seja, ainda, no plano legislativo. Porém, o fato é que o mandado de segurança foi engendrado com um campo de cobertura muito restrito.

¹⁰⁵ GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 313-314.

¹⁰⁶ Conforme anota Marinoni: “a unificação das categorias da ilicitude e da responsabilidade civil é o reflexo de um árduo processo de evolução histórica que culminou por fazer pensar – por meio da suposição de que o bem juridicamente tutelado é a mercadoria, isto é, a *res* dotada de valor de troca – que a tutela privada do bem é o ressarcimento do equivalente ao valor econômico da lesão” (*tutela específica*, p. 22). No mesmo sentido: Cesare Salvi. *Legittimità e razionalità dell’art. 884 Codice Civile, Giurisprudenza Italiana*, 1975, p. 591.

¹⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. t. XII, p. 110.

¹⁰⁸ Tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil.

Por isso, o aspecto consistente na identificação do conceito de ilícito e dano ainda ter relevância para as demais formas de tutelas voltadas contra o ilícito, as quais refogem ao âmbito de cobertura do mandado de segurança, além de proporcionar novas reflexões sobre o mandado de segurança enquanto tutela voltada contra o ilícito.

A compreensão da necessidade do isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, sua importância e conseqüências para a construção dogmática das tutelas jurisdicionais, são questões recentes na doutrina processualista brasileira. No Brasil, coube a Luiz Guilherme Marinoni chamar a atenção para o importante ponto consistente na necessidade de distinção entre a categoria do ilícito e a categoria do dano, como um dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. Além disso, identificou, com precisão, a importância dessa distinção como ponto nodal do problema da classificação das tutelas, sob seu aspecto de aderência ao direito material. No entanto, se a compreensão da necessidade de distinção entre ilícito e dano é um ponto de fácil compreensão, o mesmo não ocorre com o problema da distinção, em si, entre ilícito e dano. Essa dificuldade, por sua vez, reflete no problema da distinção entre as tutelas, conforme enfatizou Luiz Guilherme Marinoni.¹⁰⁹

A evidência da necessidade do isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano e a sua importância para a adequada tutela dos direitos somente ocorre com a introdução de novos direitos, os quais não estavam consagrados, e a consciência de que os mesmos não eram adequadamente tutelados pelo equivalente em pecúnia, ainda que alguns pudessem ter conteúdo patrimonial. E isso ocorreu a partir da compreensão de que deve prevalecer a efetividade da tutela jurídica, com uma ruptura profunda com os pressupostos do processo civil clássico e a superação do dogma, originário do direito romano, de que a tutela de reparação é a única forma

¹⁰⁹ Marinoni reconhece nessa temática, uma questão, “bastante difícil, das noções de ilícito e dano” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 411).

de tutela contra o ilícito.¹¹⁰ Essa mudança implicou na compreensão de que a distinção entre a categoria do ilícito e a categoria do dano passou a constituir um dos pressupostos teóricos da efetividade, na perspectiva do processo civil contemporâneo, na medida em que essa distinção facilita a compreensão e a construção de tutelas jurisdicionais voltadas contra o ilícito e tutelas jurisdicionais voltadas contra o dano. Portanto, pode-se afirmar, sem receio, que a distinção entre as categorias do ilícito e do dano constitui em mais uma chave mestra para a adequada construção de tutelas jurisdicionais.

Mas, a passagem da compreensão da necessidade de distinção entre o ilícito e o dano para as suas conseqüências na construção de tutelas jurisdicionais adequadas, não pode implicar um salto sobre uma fase importantíssima nesse processo construtivo: a preordenação, no plano substancial dos resultados mediante o processo de escolha da conseqüência jurídica da violação do direito. Isso porque, a escolha da conseqüência jurídica da violação do direito é o ponto central da efetividade da tutela jurídica. Considerando-se que a conseqüência da violação do direito pertence ao campo da sanção, é de todo conveniente que se dirija a atenção para o fenômeno sancionatório: porque, é no plano sancionatório que se constata a efetividade da tutela jurídica, mediante a preordenação dos resultados a serem realizados. Essa circunstância permite a correta situação do problema do ilícito: o problema do ilícito está condicionado pelo problema da sanção. Conforme afirmou Kelsen, “um fato só é juridicamente ilícito na medida em que uma norma o converta em pressuposto de sanção para seu agente.”¹¹¹ Portanto, a essência do ilícito somente é compreendida na medida em que o mesmo se torna pressuposto da sanção: sem sanção, não haveria o fato jurídico ilícito.

¹¹⁰ RAPISARDA, Cristina. Inibitoria (azione), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1. MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela específica*, p. 20.

¹¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1987, p. 24.

3. A necessidade de compreensão da efetividade da tutela jurídica a partir do resgate da compreensão da tutela sancionatória como característica do processo civil contemporâneo

A classificação do mundo jurídico a partir da perspectiva binária lícito-ilícito e a constatação de que “um fato só é juridicamente ilícito na medida em que uma norma o converta em pressuposto de sanção para seu agente”, conforme já advertia Hans Kelsen, impõe o exame da sanção no contexto da efetividade da tutela jurídica. Isso, por duas razões: o fato ilícito é um pressuposto de sanção para o seu agente; a sanção, portanto, é a consequência preordenada no plano do direito substancial para o caso de ilícito. Portanto, a disciplina da consequência da violação do direito pertence ao campo da sanção. E não é raro que o ilícito, ou seja, a conduta proibida, seja revelada a partir da disciplina da sanção, mediante o estabelecimento do ilícito como suporte fático deflagrador da sanção. Por essa razão, não se pode compreender o que seja juridicamente permitido ou proibido senão na perspectiva sancionatória. Portanto, não se pode falar em tutela jurisdicional sem antes compreender o fenômeno da tutela dos direitos mediante a tutela sancionatória.

Isso porque, na medida em que a identificação entre o ilícito e o dano deixava no escuro outras possíveis formas de sanção do ilícito e do dano, nas palavras de Cesare Salvi, uma segunda consequência da distinção entre o ilícito e o dano consiste na necessidade de examinar as formas de sanção voltadas contra o ilícito e as formas de sanção voltadas contra o dano que haviam ficado no escuro. Por essa razão, o pressuposto teórico da efetividade consistente na distinção entre ilícito e dano implica na compreensão de tutela sancionatória voltada contra o ilícito e tutela sancionatória voltada contra o dano. Com isto, constata-se duas consequências: *a)* a superação de um dogma originário do direito romano, no sentido de que a tutela de reparação é a única forma de tutela contra o ilícito;¹¹²⁻¹¹³ e, *b)* a necessidade de

¹¹² RAPISARDA, Cristina. Inibitoria (azione), *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 17, p. 1.

construção de tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano. Essa consequência implica a revisitação da sanção, a fim de estabelecer as bases sobre as quais são construídas tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano.

O jurista deve manter na retentiva o fato da possibilidade da insuficiência da tutela normativa enquanto modo de ser da tutela jurídica. Essa insuficiência decorre da possibilidade de violação do direito. A disciplina da violação do direito, ou seja, a disciplina do ilícito, enquanto fato deflagrador da consequência da violação do direito e a própria consequência deflagrada pela violação do direito é o campo próprio da tutela sancionatória.

4. A necessidade de revisitação do conceito de sanção

No que tange à sanção, constata-se que, sob a ótica processualista, parece haver necessidade de compreender o seu problema à luz das “crises jurídicas”.¹¹⁴ Isso porque, conforme advertiu Cândido Rangel Dinamarco, “a locução *crise jurídica* é muito representativa e representa a matéria-prima do trabalho dos operadores do processo.”¹¹⁵ Essa perspectiva é correta porque, a rigor, constata-se a imanente possibilidade de violação da norma, ou seja, a crise jurídica a que se refere Cândido Rangel Dinamarco é a expressão de uma situação imanente à tutela normativa. Tanto é que, ao estabelecer a noção da locução “crise jurídica”, o renomado processualista afirma: “Crise é dificuldade, é perigo, é risco. Crises jurídicas são momentos de perigo nas relações entre pessoas ou grupos, suscetíveis de serem

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme, *Tutela específica*, p. 20.

¹¹⁴ Expressão empregada por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 149).

¹¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 149.

normalizadas pela imposição do direito material”.¹¹⁶ É significativa a constatação de Dinamarco no sentido de que a locução crise jurídica “não seja ainda de emprego generalizado na doutrina dos processualistas,”¹¹⁷ embora demonstre a utilidade na compreensão dessa locução.

No presente trabalho, aceita-se a sugestão ofertada por Cândido Rangel Dinamarco, porque ela expressa, de modo abrangente, a situação consistente na imanência da possibilidade de violação no conceito de norma, como expressão de “perigo de violação”, “risco de violação”, “dificuldade na obtenção do resultado preordenado no plano do direito substancial”. Portanto, a imanente possibilidade de violação da norma, ou seja, a crise jurídica, é o problema que exige solução adequada. Para tanto, impõe-se equacionar o problema, para, em seguida, submetê-lo à análise, entendida essa como a decomposição do problema ou a sua compreensão em partes.

A equação do problema da crise jurídica reside no plano da sanção. Portanto, um ponto extremamente importante no trato das crises jurídicas está na correta compreensão da sanção, porque é nela que se encontra o critério preordenado no plano do direito substancial para a obtenção dos resultados também preordenados no plano do direito substancial. Por essa razão, a equação do problema das crises jurídicas reveste-se de natureza de direito material, razão pela qual releva examinar o problema da sanção em sentido material. O ponto de partida consiste na compreensão do conceito de sanção. Uma vez delineado o conceito de sanção, impõe-se examinar dois momentos próprios do fenômeno sancionatório: a aplicação da sanção e a atuação da sanção.

O problema da efetividade jurídica tem íntima relação com o problema da sanção, quer sob seu aspecto conceitual quer sob o aspecto do *modus operandi* de sua aplicação e de sua atuação. A opção pela efetividade jurídica, como tendência

¹¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 149.

constatada no plano normativo, e realçada nos planos doutrinários e jurisprudenciais, impõe a necessidade de uma breve revisão do conceito de sanção, em especial pelo fato de que a obtenção do resultado preordenado no plano do direito substancial, através do exercício da jurisdição, implica na correta compreensão do resultado preordenado no plano do direito substancial. Isso somente é possível mediante a correta compreensão da sanção.

A correta compreensão da sanção é necessária, ainda, para a exata compreensão da tutela jurisdicional à luz do critério consistente no resultado preordenado no plano do direito substancial. Logo se vê que o critério para a validade de uma classificação da tutela jurisdicional dos direitos, à luz do critério dos resultados preordenados no plano do direito substancial, é fornecido pelo plano da tutela sancionatória.¹¹⁸ Por outro lado, considere-se que a necessidade de revisão do conceito de ilícito decorreu do fato de que a “identificação entre ilícito e dano deixou no escuro outras possíveis formas de sanção do ilícito e do dano”.¹¹⁹ Portanto, na medida em que a distinção entre ilícito e dano tornou-se um pressuposto teórico da nova dogmática do processo civil, impõe-se a revisão do conceito de sanção, a fim de amoldá-lo à nova realidade do ordenamento jurídico.

No entanto, é necessário que se estabeleça a delimitação do âmbito de revisão do conceito de sanção. Para tanto, é necessário que se considere os termos em que restou delimitada a necessidade de revisão do conceito de ilícito: havia ficado no escuro tanto a noção de sanção do ilícito quanto outras formas de sanção do dano. A causa da restrição da noção de sanção consistia no fato da universalização da sanção ressarcitória, a partir do momento em que a mesma foi considerada como única forma de tutela contra o ilícito e o dano. E mais: a modalidade de tutela

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 149.

¹¹⁸ Mas não se deve confundir a classificação das sanções com a classificação das tutelas jurisdicionais. Nem todas as sanções são aplicadas ou atuadas mediante tutela jurisdicional. No entanto, as sanções que são aplicadas ou atuadas mediante tutela jurisdicional acabam por influenciar, em maior ou menor intensidade, a classificação das tutelas jurisdicionais.

¹¹⁹ SALVI, Cesare. Op. cit. p. 591.

ressarcitória universalizada consistiu na sanção ressarcitória pelo equivalente em pecúnia. A opção pela universalização da sanção ressarcitória pelo equivalente em pecúnia implicou na unificação das categorias do ilícito e do dano. Logo, não importava a construção de sanção contra o ilícito nem mesmo a construção de outras formas de sanção contra o dano, pois prevalecia a forma única de sanção ressarcitória pelo equivalente em pecúnia.

A inadequação da sanção ressarcitória pela equivalência em pecúnia era fartamente constatada diante do fato da existência de direitos de conteúdo não-patrimonial e mesmo de direitos patrimoniais que não eram adequadamente tutelados mediante a sanção ressarcitória pela equivalência em pecúnia. Logo, essa forma de sanção acabava por implicar uma expropriação do direito. Nesse sentido, a lição primorosa de José Carlos Barbosa Moreira:

Se a justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia.¹²⁰

Na medida em que o ressarcimento pela equivalência em pecúnia deixa de ser a única forma de sanção contra o ilícito, no plano do direito material, é evidente que a distinção entre ilícito e dano implica numa revisão do conceito de sanção, a fim de se tirar do escuro a noção de sanção do ilícito. Isso porque, com o isolamento da categoria do ilícito, abre-se a possibilidade de construção de sanção voltada exclusivamente contra o ilícito. Nesse particular, deve-se considerar o problema relativo ao momento da aplicação e da atuação da sanção em relação ao ilícito. Isso porque, se a sanção for antecipada à ocorrência do ilícito, essa sanção reveste-se de natureza preventiva do ilícito. Por outro lado, se a sanção for postecipada em

¹²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 24.

relação ao ilícito, mas voltar-se exclusivamente contra o ilícito, então a sanção reveste-se da natureza repressiva do ilícito.

Em relação ao dano, o problema da sanção também leva em consideração o momento da aplicação e da atuação da sanção em relação ao dano. Assim, uma sanção voltada contra o dano, na forma antecipada em relação à sua ocorrência, reveste-se da natureza de sanção preventiva do dano. Porém, se a sanção for postecipada ao dano, constata-se que não se escapa do campo de cobertura da sanção ressarcitória. No entanto, ainda assim é necessário o exame das possíveis formas de sanção contra o dano diferentes da sanção ressarcitória por seu equivalente em pecúnia. Assim, para tirar do escuro outras formas de sanção do dano, deve-se considerar, em primeiro lugar, a possibilidade de sanção ressarcitória que não consista em um equivalente em pecúnia. Em segundo lugar, deve-se considerar uma sanção que vise evitar que o dano ocorra, ou seja, a possibilidade de se evitar o dano. Assim, restam estabelecidos os limites dessa revisão do conceito de sanção,¹²¹ bem como do problema conceitual de sua aplicação e de sua atuação.

O primeiro aspecto do conceito de sanção consiste na necessidade de isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano. O isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano implica a necessidade de isolamento de uma categoria de sanção voltada contra o ilícito e de uma categoria de sanção voltada contra o dano. Portanto, o primeiro aspecto do problema do conceito de sanção é que o mesmo deve expressar o fenômeno sancionatório do ilícito e o fenômeno sancionatório do dano. Outro aspecto do problema do conceito de sanção é que o mesmo deve ser amplo o suficiente para dar cobertura a todos os campos das denominadas crises jurídicas.¹²² Mas não é só, as espécies de sanção não poderão implicar em negação do conceito de sanção.

¹²¹ Isso porque a temática da sanção tem cobertura muito ampla, fugindo ao objeto dessa tese. Por essa razão, o trato dispensado no aspecto revisional do conceito de sanção restringe-se ao necessário para o desenvolvimento do raciocínio necessário ao cabo da tese.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 149.

O conceito de sanção, de um modo mais amplo, é obtido nos termos em que restou formulado por Miguel Reale: “Sanção é toda consequência que se agrega, intencionalmente, a uma norma, visando ao seu cumprimento obrigatório.”¹²³⁻¹²⁴ Esse conceito realça a característica da insuficiência da tutela normativa, ao mesmo tempo em que realça o problema do grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Isso porque, a sanção tem o fim específico de tutelar uma regra, em especial o resultado nela preordenado, revestindo-se da expressão de força que preenche o conteúdo da dimensão da imperatividade, enquanto capacidade de decidir e impor as decisões aos destinatários.¹²⁵ Portanto, o plano sancionatório é “consequência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar uma regra”.¹²⁶

4.1 Norma sancionatória – importância da compreensão de sua estrutura hipotética

No plano sancionatório constata-se normas sancionantes ou normas sancionatórias, as quais preordenam os fatos jurídicos desencadeadores das “consequências que se agregam às normas visando o seu cumprimento obrigatório,” e as “consequências que se agregam às normas visando o seu cumprimento obrigatório,” com o fim específico de proporcionar a realização do resultado

¹²³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 257-264.

¹²⁴ Para Liebman: “sanção são medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem colaboração da atividade voluntária do inadimplente. Regra sancionadora é aquela que, abstrata ou concretamente, ordena a atuação de uma dessas medidas” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 2-3).

¹²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

¹²⁶ Para Miguel Reale: “Sanção, portanto, é somente aquela consequência querida, desejada, posta com o fim específico de tutelar uma regra. Quando a medida se reveste de uma expressão de força física, temos propriamente o que se chama *coação*. A coação, de que tanto falam os juristas, é, assim, uma espécie de sanção, ou seja, a sanção de ordem física” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 257-264).

preordenado no plano do direito substancial. Isso porque, como lembra Sacha Calmon Navarro Coelho, “tanto as normas sancionantes quanto as de conduta exibem uma estrutura hipotética. Isto é, possuem uma hipótese e uma consequência.”¹²⁷ A compreensão da estrutura hipotética da norma sancionante permite compreender que: “para atuar a consequência, é mister que ocorra um fato jurígeno delineado na hipótese da norma. Uma consequência jurídica “*dever ser*” toda vez que ocorra a sua hipótese.”¹²⁸

Assim, a correta compreensão da sanção exige a correta compreensão do fato jurígeno (hipótese) que desencadeia a consequência posta com o fim específico de tutelar uma regra. Mas essa compreensão da sanção não é completa se não houver a correta compreensão da consequência desencadeada pelo fato jurígeno descrito na hipótese de incidência da mencionada consequência. Nessa linha de raciocínio, a sanção apresenta dois aspectos: um funcional e outro teleológico. O aspecto funcional da sanção consiste no seu peculiar aspecto de voltar-se sempre contra o fato jurígeno descrito na hipótese de incidência da consequência. O aspecto teleológico da norma sancionante consiste no seu fim específico de tutelar uma regra visando o seu cumprimento obrigatório.

Por essa razão, sob o aspecto funcional, a sanção reveste-se de natureza repressiva do fato jurígeno que desencadeia a consequência. Portanto, a correta compreensão do suporte fático da norma sancionante é de extrema importância no exame da sanção. Isso porque, o modo de ser do fato jurígeno, descrito na hipótese de incidência, implica, em maior ou menor grau, o modo de ser da função repressiva do fato jurígeno que desencadeia a consequência desejada. Assim, toda a temática da sanção resume-se num modo de tutela dos direitos, razão pela qual pode ser denominada de tutela sancionatória. No entanto, é necessário que se

¹²⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 54.

¹²⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo*, p. 54.

compreenda que o sentido da locução aqui empregada abrange todo o campo de cobertura das normas sancionantes, ou seja, a tutela sancionatória abrange toda a temática dos fatos jurídicos desencadeadores das consequências desejadas bem como todas as consequências desencadeadas pelos fatos jurídicos.

Assim, a tutela sancionatória se reveste sempre da natureza repressiva, em razão do seu aspecto funcional, caracterizado por voltar-se sempre contra o fato jurídico. No entanto, considerando-se o fim buscado pela repressão, constata-se que a tutela sancionatória poderá comportar um outro aspecto, revestindo-a de natureza preventiva, caso a repressão do fato jurídico possibilite evitar um fato jurídico futuro.

Logo, é de extrema importância a compreensão do fato jurídico enquanto hipótese de incidência de consequências no plano sancionatório. Para tanto, impõe-se compreender o sentido que pode ser assumido pelo fato jurídico, enquanto hipótese de incidência da consequência sancionatória. Essa compreensão é obtida mediante o exame da vontade sancionatória, a qual, conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco¹²⁹ é formulada, da mesma forma que a substancial, em termos abstratos e genéricos. Por essa razão, pode-se dizer que a vontade sancionatória “vem expressa nos dispositivos da lei.”¹³⁰ No plano da vontade sancionatória constata-se a descrição do fato jurídico, cuja compreensão é de extrema importância, tanto para a constatação de sua ocorrência quanto para o exame do modo de disciplina das consequências dele decorrentes. Assim, é no plano do direito material que se constata a opção pela descrição do fato jurídico, ou seja, o fato violador da norma.

¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade*, p. 104-108; *Instituições*, p. 152-155; *Tutela jurisdicional, RePro*, p. 61-62.

¹³⁰ O termo lei, aqui empregado, deve ser compreendido em sentido amplo.

Na medida em que há o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, com a implicação de construção de sanção do ilícito e sanção do dano, o problema da correta compreensão do fato jurígeno consistente na hipótese da norma sancionatória resta assim solucionado: o fato jurígeno (hipótese) descrito na norma sancionatória de um ilícito é o fato ilícito considerado em si mesmo, ou seja, como categoria isolada da categoria do dano; o fato jurígeno (hipótese) descrito na norma sancionatória de um dano é o fato danoso, ou seja, o fato ilícito e sua consequência consistente no dano.

Portanto, é no plano da tutela sancionatória, em especial na descrição do fato jurígeno, enquanto hipótese da norma, que se constata a opção da tutela do direito mediante a sanção do ilícito ou a sanção do dano. Assim, se o fato jurígeno consistente na hipótese da norma amoldar-se a um ilícito, tem-se a sanção voltada contra o ilícito. Por outro lado, se o fato jurígeno descrito na hipótese da norma sancionante consistir em um fato danoso, tem-se uma sanção voltada contra o dano.

4.2 A importância da sanção para a efetividade da tutela jurídica: a sanção como um posicionamento do ordenamento jurídico em relação à violação do direito

Na linha de raciocínio até aqui desenvolvida, constata-se que a sanção é um modo de tutela da regra jurídica, ou seja, é um modo de tutela dos direitos. E mais: é no plano da tutela sancionatória que se constata um dos aspectos mais essenciais do problema da efetividade da tutela jurídica consistente no modo pelo qual se posiciona o ordenamento em relação ao problema da violação ou ameaça de violação. Isso porque, como foi visto, nos Estados Democráticos de Direito, a tutela jurídica realiza-se, em um primeiro momento, pela declaração dos direitos em si. No entanto, a mera declaração, ainda que essencial, não basta, porque, a rigor, o que importa é a efetiva realização dos direitos declarados, ou seja, a realização dos resultados preordenados no plano declaratório.

Nesse contexto, insere-se o problema da efetividade dos direitos declarados.¹³¹ Essa efetividade deve ser aferida à luz da existência do grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a sua efetiva realização, já que a violação aos direitos é uma possibilidade imanente na concepção normativa. Eis, pois, um ponto importante da efetividade: a passagem da era dos direitos para a era das sanções.¹³²

Portanto, examinar o problema da efetividade à luz da declaração de comprometimento de efetividade é examinar o problema do modo de tutela sancionatória em relação às três modalidades de violação: a ameaça de violação; a violação, em si; e, o dano, enquanto consequência da violação, as quais constituem condutas contra *ius*, vale dizer, situações de ilicitude.

De uma maneira geral, o Direito, enquanto organização da coercitividade, declara a segurança jurídica, ou seja, estabelece medidas compulsórias de realização dos resultados preordenados no plano do direito material. Portanto, de modo geral há uma declaração de inviolabilidade dos direitos, noutras palavras, há uma declaração de conservação da integridade, do exercício e gozo do direito.

No entanto, a declaração de inviolabilidade dos direitos, enquanto essencial para o problema da efetividade, não é suficiente para resolvê-lo, porque o problema da efetividade exige o exame do grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a segurança do direito declarado. E, o grau de comprometimento pode variar para mais ou para menos. Para examinar o grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a efetividade da tutela jurídica, é necessário o exame do seu posicionamento em relação à possibilidade de violação ou da violação do direito, em si. Assim, o exame da efetividade passa pelo exame do posicionamento

¹³¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25-49.

¹³² Prefiro ver a questão da efetividade da tutela jurídica pelo prisma do fenômeno sancionatório. Por isso, proponho a substituição da preocupação do objeto consistente “nos direitos” para o objeto “das sanções”, o que me permite construir um diálogo entre a “era dos direitos” e a “era das sanções,” apenas como forma de reforço da perspectiva adotada.

do ordenamento jurídico em relação às modalidades de violação: a ameaça de violação; a violação, em si; e, o dano, enquanto consequência da violação. Esse posicionamento é aferível no plano sancionatório.

Logo, é no plano da tutela sancionatória que se afere o grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a efetividade, porque é nesse plano que se estabelecem as normas sancionatórias com a sua estrutura hipotética: a) hipóteses consistentes nos fatos jurígenos desencadeadores das consequências, e b) as consequências desencadeadas pelos fatos jurígenos descritos na hipótese da norma. Assim, no plano sancionatório se constata o problema da efetividade dos direitos declarados,¹³³ mediante a aferição: a) da existência de comprometimento com a efetividade e, b) do grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a sua efetiva realização, mediante seu posicionamento em relação a violação aos direitos declarados.

O problema da efetividade, no plano da existência do comprometimento do ordenamento jurídico com os resultados preordenados no plano do direito substancial, é aferido mediante a declaração de segurança de conservação da integridade do direito material, do seu exercício e gozo, no caso de ameaça de violação ou de violação. Uma vez constatada a existência de declaração de segurança, deve-se examinar o grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a efetividade à luz dos resultados preordenados no plano do direito material.

O comprometimento do ordenamento jurídico com a sua efetiva realização pode atingir um grau mais ou menos elevado, na medida em que há declaração de segurança de conservação da integridade do direito material do seu exercício e gozo, no caso de ameaça de violação ou de violação.

¹³³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25-49.

O exame do grau de comprometimento começa pelo seu posicionamento quanto ao isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano. Na medida em que o ordenamento trata a categoria do ilícito isoladamente da categoria do dano, constata-se aí um fator que eleva o grau de comprometimento do ordenamento com a efetividade jurídica. Isso porque, nesse caso, é estabelecida uma sanção que tem por fato jurígeno um fato ilícito, independentemente da existência do dano. Logo, uma sanção do ilícito.

O grau de comprometimento do ordenamento é ainda mais elevado quando, na hipótese da norma estabelecer a sanção do ilícito, descrever como hipótese um fato jurígeno consistente na ameaça e estabelecer consequências consistentes em medidas repressivas voltadas contra o fato jurígeno ameaça, com o fito de evitar a violação. Nesse caso, o elevado grau de comprometimento da segurança de conservação do exercício e gozo permite o isolamento de um dos modos de tutela dos direitos denominada tutela de segurança, de natureza satisfativa.

Por outro lado, a efetividade pode atingir um grau menos elevado, nas seguintes hipóteses: a) o ordenamento não permite o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano. Nesse caso, o grau de comprometimento é menos elevado na medida em que o fato ilícito não é considerado como fato jurígeno desencadeador de consequências. Logo, o ordenamento que não permite o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, estabelece como fato jurígeno da norma sancionatória o fato danoso. No caso do fato jurígeno descrito como fato danoso, pode-se ainda estabelecer uma gradação sob o aspecto da efetividade: se a consequência do fato jurígeno consistente no fato danoso consistir numa consequência de realização do direito violado na forma específica, haverá um grau mais elevado de comprometimento da sanção do dano. No entanto, se a consequência do fato jurígeno consistente no fato danoso consistir numa consequência consistente numa situação nova implicada pela realização do direito

através do equivalente pecuniário, haverá um grau menos elevado de comprometimento da sanção do dano.

Por fim, resta examinar o problema da sanção do dano à luz da situação do ilícito que põe em risco a atuação da sanção do ilícito. Nesse caso, impõe-se verificar duas situações:

a) quando a sanção do dano consistir numa consequência de realização do direito na forma específica, é ressaltado o problema do ilícito como ato contrário ao direito que põe em risco a realização desse direito. Nesse caso, se na norma sancionatória for descrito como fato jurígeno uma situação de ilicitude que põe em risco o direito à realização do direito na forma específica, então, em relação à tutela sancionatória do dano constata-se um outro modo de tutela de segurança, com a mesma natureza da tutela de segurança decorrente da sanção do ilícito, consistente na segurança de atuação da sanção executiva patrimonial específica, de natureza satisfativa.

b) quando a sanção do dano consistir numa consequência de realização do direito pelo equivalente em pecúnia, é ressaltado o problema do ilícito como ato contrário ao direito que põe em risco a realização desse direito. Nesse caso, se na norma sancionatória for descrito como fato jurígeno uma situação de ilicitude que põe em risco o direito à realização do direito pelo equivalente em pecúnia, então, em relação à tutela sancionatória do dano constata-se um outro modo de tutela de segurança, consistente na segurança de atuação da sanção executiva patrimonial pecuniária. Esse modo de segurança do direito à realização, é consubstanciada nas hipóteses de criação ou fixação de responsabilidade executiva patrimonial. Os modos de fixação dessa responsabilidade, através de tutela jurisdicional dos direitos, amolda-se à natureza da tutela de segurança, porém, de natureza cautelar.

4.3 Os processos sancionatórios: a formulação da vontade sancionatória abstrata e concreta (aplicação da sanção) e atuação da sanção (execução coativa da sanção)

A análise do fenômeno sancionatório não escapa do método para a análise do fenômeno jurídico, na medida em que aquele fenômeno é expresso através de normas, às quais se denominam normas sancionatórias. E essas normas, a exemplo das normas de condutas, estabelece uma suporte fático (fato jurígeno) e uma consequência. No entanto, o fenômeno sancionatório reveste-se de uma grau de complexidade, às vezes objetiva, às vezes subjetiva, outras, não raras, subjetiva e objetiva. Por essa razão, pode-se afirmar que o fenômeno sancionatório implica em um processo sancionatório. Isso porque, os comportamentos comissivos ou omissivos não permitidas pelo Direito deflagram processos sancionatórios, os quais implicam três momentos: o da prescrição da sanção, através de normas sancionatórias abstratas; o da aplicação da sanção, através de normas sancionatórias concretas, ou seja, sua concretização ou individualização da sanção no caso concreto; e a atuação da sanção, ou seja a execução forçada da sanção. Portanto, a compreensão da efetividade da tutela jurídica exige a compreensão do fenômeno sancionatório.

Uma correta compreensão do fenômeno sancionatório escapa aos bojetivos desse trabalho na medida em que implicaria numa longa investigação dos mecanismos disponibilizados no ordenamento jurídico que se amoldam ao referido fenômeno. Porém, em termo gerais, pode-se falar em processos sancionatórios na medida em que o fenômeno sancionatório não é uniforme.

Em primeiro lugar, considere-se a formulação da vontade sancionatória, a qual vem prescrita em normas sancionatórias abstratas, as quais desafiam um processo de concretização que envolve, necessariamente, a indagação sobre a necessidade, ou não, de um intermediário, ou seja, de um sujeito que desempenhe a competência

da aplicação da sanção. Nesse caso, constata-se que as normas sancionatórias podem ser imediatas ou mediatas. As normas sancionatórias imediatas dispensam qualquer intermediário para a aplicação da sanção. Essas normas sancionatórias estabelecem o fato jurígeno desencadeador da consequência jurídica e faz com que essa consequência se agregue sem a necessidade de um intermediário. Um exemplo poderá tornar mais fácil a compreensão dessas normas. Em muitos casos, há no ordenamento jurídico situações em que a formulação abstrata da norma sancionatória implica em concretização mediante simples ocorrência do suporte fático, ou seja, o fato jurígeno desencadeador da consequência jurídica prevista. É o que ocorre, por exemplo, com a denominada “nulidade”. A nulidade representa um fenômeno sancionatório. Isso porque, a rigor, todo ato jurídico têm seus efeitos programados. A nulidade é uma sanção consistente na privação dos efeitos programados em razão de uma violação do direito. Diante da ocorrência da violação do direito, indaga-se: qual o momento da privação dos efeitos do ato viciado? Essa indagação comporta uma outra: a quem é atribuída a competência para a aplicação da sanção? Essas indagações levam ao seguinte raciocínio: a) o legislador pode antecipar-se e determinar que a aplicação da sanção de nulidade ocorra de pleno direito, ou seja, sem a necessidade de intermediação para a sua aplicação; b) o legislador pode estabelecer competência para sujeitos aplicarem a sanção. Quando o legislador estabelece competência para a aplicação da sanção, a sanção de nulidade ocorrerá com o exercício dessa competência. Em termos gerais, refere-se a esses dois fenômenos sancionatórios como espécies de nulidade, absoluta, o primeiro; relativa, o segundo.

Essa terminologia é equívoca e tem sido a sede de um sem-número de controvérsias. Mas o que importa, aqui, em termos de fenômeno sancionatório, é que, no caso da nulidade de pleno direito, constata-se a formulação da vontade sancionatória abstrata a qual satisfaz com a ocorrência do fato jurígeno desencadeador da consequência jurídica cuja aplicação da sanção não dependente de um sujeito intermediário. Na outra hipótese, ocorre a formulação da vontade

sancionatória abstrata, porém, a aplicação da sanção fica condicionada ao exercício da competência para a aplicação da sanção.

No que tange ao exercício da competência para a sua aplicação, constata-se duas hipóteses: a competência para a aplicação da sanção, ou seja, a competência para a formulação da vontade sancionatória concreta pode ser atribuída aos sujeitos interessados ou a terceiros. No primeiro caso, constata-se que a atribuição da competência para a formulação da vontade sancionatória concreta aos particulares é muito freqüente em sede contratual: as partes contratantes podem estabelecer o fato jurígeno e a consequência dele desencadeada. Por exemplo, na hipótese de violação de uma obrigação ou de um dever jurídico acessório, pode ser estabelecida uma sanção constitutiva, em sentido amplo, tanto para o caso de inadimplimento relativo – sanção de natureza pecuniária (multa contratual moratória, juros contratuais moratórios) ou para o caso de inadimplemento absoluto – sanção resolutória (cláusula resolutória expressa). O fato da resolução do contrato pelo motivo do fato ilícito consistente no inadimplemento absoluto pode agregar outras consequências jurídicas: a restituição ao “statu quo”. As partes podem convencionar o modo dessa restituição, estabelecendo deveres, comportamentos comissivos ou omissivos. Além, é claro, que, na hipótese de dano, pode ser agregada a consequência jurídica consistente em sua reparação. Em relação aos danos decorrentes do inadimplemento, pode haver a sua prefixação mediante a cláusula penal compensatória. Enfim, o que interessa é demonstrar que o ordenamento jurídico estabelece a competência para a formulação da vontade sancionatória concreta e que a aplicação dessa sanção não depende de terceiros, mas, sim, da mera ocorrência do fato jurígeno, o qual desencadeia a consequência jurídica previamente estabelecida.

Por outro lado, a concretização da vontade sancionatória no caso de nulidade relativa obedece um processo diferente. Em primeiro lugar, a ocorrência do vício, descrito como fato jurígeno desencadeador da sanção, não basta, por si só, para

desencadear a aplicação da sanção. O vício, enquanto violação do direito desencadeia, é um processo sancionatório que exige a intervenção de um terceiro, ao qual é atribuída a competência para a aplicação da sanção. Caso essa competência seja atribuída a um órgão jurisdicional (e não há exclusividade, sempre, quanto a essa atribuição), a sanção de nulidade – ou seja, a privação dos efeitos do ato viciado –, ocorrerá com um provimento jurisdicional. Nesse caso, o provimento jurisdicional aplicará a sanção, vale dizer: formulará a vontade sancionatória concreta consistente na privação dos efeitos do ato praticado em violação do direito. O mesmo ocorre no caso de inadimplemento absoluto em que as partes contratantes não formularam a vontade sancionatória concreta de natureza resolutória (não pactuaram a cláusula resolutória expressa). Nesse caso, a resolução do contrato (excluída a hipótese de distrato) dependerá da intervenção de terceiros, a quem é atribuída a competência para a aplicação da sanção resolutória. Caso essa competência seja atribuída a um órgão jurisdicional (e também não há exclusividade quanto a essa atribuição), a sanção de resolutória – ou seja, a decretação de resolução do pacto –, ocorrerá com um provimento jurisdicional. Nesse caso, o provimento jurisdicional aplicará a sanção, vale dizer: formulará a vontade sancionatória concreta consistente na resolução do contrato.

Para se ter idéia da importância do fenômeno sancionatório na construção de tutelas jurisdicionais, basta considerar que a existência de uma cláusula resolutória expressa em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, por exemplo, no qual a mesma é permitida, implica na caracterização do interesse processual consistente na reintegração de posse, porque o efeito resolutório pactuado ocorreu de pleno direito. No entanto, se no contrato não consta a cláusula resolutória expressa, o interesse processual limitar-se-á, em primeiro lugar, à pretensão de resolução do contrato de compromisso de compra e venda, a qual poderá ser cumulada a pretensão de reintegração de posse. Isso demonstra bem a dimensão da importância da tutela sancionatória no quadro de construção das tutelas jurisdicionais.

4.4 A sanção em sentido material e a sanção em sentido processual

Na doutrina, há preocupação no sentido de demonstrar a distinção entre sanção em sentido material e sanção em sentido processual, cuja principal distinção residiria na consequência jurídica representada por uma sanção em sentido material e uma sanção em sentido processual: a primeira, sempre consistiria num agravamento da situação do sancionado, mas sem produzir alteração no plano fático, apenas no plano jurídico; já a segunda, não implicaria num agravamento da situação do sancionado, mas na atuação prática e efetiva, provocando alteração no plano fático.¹³⁴

Essa distinção merece ser revisitada na medida em que a compreensão da aplicação da sanção, em sentido processual, correspondia, apenas, tornar adequada a via executiva, ou seja, sanção, em sentido processual, correspondia à sanção executiva. Como foi visto, essa situação, embora ainda existente, não implica no exaurimento da sanção em sentido processual, porque, agora, aplicar uma sanção processual não significa apenas a abertura da via executiva, mas a abertura da via coercitiva indireta. Portanto, os fenômenos sancionatórios devem ser revisitados, como um todo, o que será feito, em linha gerais, a seguir.

Ainda sob o prisma processual civil clássico, Cândido Rangel Dinamarco¹³⁵ afirmou que: “O poder do órgão e a sujeição do devedor são fenômenos que se situam numa linha de sucessiva dependência, a partir da constituição do poder de

¹³⁴ Segundo Dinamarco, “em direito substancial, sanção é uma situação nova, que nasce do descumprimento de deveres ou obrigações, seja mediante o agravamento destas (multas) ou a modificação de seu objeto (obrigações de fazer, CPC, art. 627). Mas por si própria a sanção material jamais bastaria para eliminar a resistência do devedor obstinado ao inadimplemento, pois iria simplesmente agravando sua obrigação, mas só num platônico plano de enunciados jurídicos, sem nunca penetrar no seu patrimônio. [...] A sanção processual distingue-se daquela de direito material pela circunstância de não agravar a obrigação, não a substituir, não alterar o seu objeto e de forma alguma modificar a situação jurídica substancial (entenda-se: ela opera alterações de fato)” (*Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 250-251).

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução*, 1993, p. 235-241.

ação, pois não há exercício da jurisdição sem o desta, nem sujeição do devedor sem o exercício do poder jurisdicional”. Na concepção do processo civil contemporâneo, ainda constata-se essa “linha de sucessiva dependência” entre o poder do órgão e a sujeição do sancionado. No entanto, a superação do binômio cognição-execução e a ampliação das técnicas coercitivas indiretas impõe uma revisão do problema a partir do isolamento dos fenômenos que envolvem a tutela sancionatória.

Em primeiro lugar, a introdução da técnica sancionatória coercitiva indireta reestrutura o problema conceitual da sanção, ao mesmo tempo em que reestrutura o problema da aplicação, sujeitabilidade, sujeição e atuação da sanção. Sob o prisma conceitual da sanção, impõe-se compreender a superação do conceito de sanção em sentido processual. Premido pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial pelo fenômeno da redução da “execução” à “execução por créditos”, constata-se que o conceito de sanção correspondia ao conceito de sanção executiva patrimonial, cuja atuação operava-se através dos meios sub-rogatórios típicos. Na perspectiva do processo civil contemporâneo, o fenômeno sancionatório resgata sua vocação natural expansiva, deslocando-se da exclusividade a que ficara confinada por força dos pressupostos teóricos do processo civil clássico. Essa circunstância é perfeitamente constatável como decorrência da introdução da sanção coercitiva indireta, de natureza processual.

Assim, ao tratar da sanção, em sentido processual, já não é mais válido correspondê-la exclusivamente à sanção executiva patrimonial. Por outro lado, tanto o problema da aplicabilidade da sanção, ou seja, a imposição no sentido de tornar a vontade sancionatória concreta, quanto o problema do efeito dessa imposição, ou seja, a sujeitabilidade, restam redimensionados. No que tange ao problema da imposição da sanção (formulação da vontade sancionatória concreta), ainda é válida a distinção entre o momento de “aplicação da sanção” e o momento da “sujeitabilidade”.

Cândido Rangel Dinamarco, ainda sob a égide dos pressupostos do processo civil clássico, afirmava que “não se pode dizer que a aplicação da vontade sancionatória ao caso concreto produza, desde logo, o “poder do órgão executivo”, o poder do credor “para provocar e essa atuação (ação executiva) e a sujeição do devedor a ela” para atuar a sanção. O “poder do órgão executivo para atuar a sanção. No entanto, isso não ocorre sob a matriz do processo civil contemporâneo. Isso porque, a “ação executiva” não é consequência exclusiva da vontade sancionatória: a vontade sancionatória pode ser aplicada pelo órgão jurisdicional e, sucessiva, mas imediatamente, ser atuada pelo órgão jurisdicional, porque, a rigor, embora ainda mantenha a referida “linha sucessiva” de dependência”, tanto o poder do órgão jurisdicional para atuar a sanção e a sujeitabilidade do sancionado, embora sucessivos, são imediatos: aplicada a sanção, imediatamente ocorre a sujeitabilidade do sancionado e o poder do órgão para atuá-la.

Por outro lado, a superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, implica no redimensionamento do conceito de sujeição. Dinamarco havia proposto que sucessivamente ao exercício do poder de ação executiva, ocorria o fenômeno da sujeitabilidade, enquanto que o fenômeno da sujeição dependia da instauração do processo de execução e do início da atuação das medidas executivas, pois somente neste caso “o responsável pela satisfação da vontade concreta do direito substancial fica em estado de sujeição, o que significa que seu patrimônio será invadido pela autoridade jurisdicional, sem que este tenha possibilidade de impedir a prática de atos que conduzirão ao resultado querido pela lei substancial”. A idéia de “invasão do patrimônio” revela, de forma clara, a limitação do conceito de sanção, correspondente à atuação da sanção executiva patrimonial, ao mesmo tempo em que a sujeição, surgida com o início da “atuação das medidas executivas” correspondia à “responsabilidade que se fez ato”.

Essa última constatação implica no redimensionamento, também, do conceito de responsabilidade, para retirá-lo da matriz restritiva da “sujeitabilidade do patrimônio do devedor aos atos da execução” e recolocá-lo em seu devido lugar, como sujeitabilidade aos atos de coerção, tanto direta quanto indireta, ao mesmo tempo em que se inclui a vontade do sancionado como objeto de influência pela sanção. Assim, a sanção estabelece o estado de sujeitabilidade do sancionado quer sob a ótica da invasão de sua esfera jurídica correspondente à sua vontade, quer sob a ótica da “invasão do seu patrimônio”.

4.5 Sanção preventiva e sanção repressiva – a necessidade de revisão do critério de identificação

A compreensão de uma sanção voltada contra o ilícito implica, necessariamente, no exame do aspecto consistente em sua prevenção, ou seja, na necessidade de se evitar que o ilícito ocorra. Na medida em que o resultado preordenado no plano do direito substancial implique na necessidade de evitar que o ilícito ocorra, o jurista vê-se diante de uma necessidade: a compreensão de uma sanção preventiva do ilícito. Uma vez admitida a natureza preventiva de uma sanção, o jurista se vê diante de um dilema formulado nos seguintes termos: a noção de sanção preventiva despreza a transgressão como elemento conceitual, ou seja, uma hipótese de sanção sem que tenha havido a transgressão; ou, por outro lado, considera caracterizada como ilícito a mera conduta consistente na ameaça. Nesse caso, mantém-se a transgressão como elemento conceitual da sanção. A opção pela primeira solução implica no conceito de sanção desvinculado do conceito de transgressão; a segunda solução implica na revisão do conceito de ilícito, a fim de que se considere sob seu campo de cobertura a mera conduta de ameaça. Nesse caso, a transgressão continua como elemento conceitual essencial da sanção,¹³⁶ agora consubstanciada na ameaça.

¹³⁶ Ao afirmar que, no caso, é válida a manutenção do elemento “transgressão” como elemento conceitual essencial da sanção, não se desconhece que, a rigor, a “transgressão não é um elemento conceitual

A solução desse dilema passa necessariamente por uma advertência de Miguel Reale no sentido de que, “todo fato que se põe contra uma norma jurídica desencadeia uma sanção.”¹³⁷ Ora, todo fato que se põe contra a norma jurídica é uma transgressão. O problema consistente na ameaça é que a mesma é um fato atual contraposto a um fato futuro, o qual consiste no fato que caracterize a violação da norma, que ainda não ocorreu. Porém, a ameaça, enquanto fato atual, é um fato que se põe contra a norma; logo, um ilícito: a ameaça é ilícito consistente num fato que se põe contra a norma, o qual desencadeia uma sanção: uma sanção do ilícito.

Assim, a correta compreensão do fenômeno sancionatório relativo à ameaça está em considerar o aspecto funcional da sanção em relação ao fato considerado como fato jurígeno ilícito. Em relação ao fato futuro, enquanto fato que caracteriza a violação de uma norma, é correto referir-se à sanção como sanção preventiva. No entanto, em relação ao fato atual, consistente na ameaça, deve ser entendido como um fato idôneo para causar uma lesão do direito, considerada esta a simples violação. Assim, a ameaça é uma situação objetiva atual de violação da norma. Logo, a ameaça é um modo de violação da norma, consubstanciada numa situação fática que não se confunde com outro modo de violação da norma, cuja situação fática ocorrerá no futuro. Postas essas considerações, impõe-se, agora, uma conclusão em relação à caracterização de uma sanção de natureza preventiva: a preventividade da sanção somente pode ser compreendida em função do seu aspecto funcional. E o aspecto funcional da sanção somente se revela num prisma cronológico que considere como objeto de observação o momento em que ocorre o fato consistente na lesão ao direito e o fato idôneo a causar uma lesão ao direito.

essencial da sanção jurídica, no sentido em que a doutrina vem se orientando. Isso porque, num sentido mais amplo, admite-se a caracterização de uma sanção independentemente de uma transgressão, a exemplo do que ocorre com as chamadas sanções premiais. No entanto, a solução proposta afasta a idéia de que a sanção preventiva não teria como elemento conceitual essencial a “transgressão” na medida em que seu aspecto funcional consiste exatamente em evitar o ilícito que ainda não ocorreu.

¹³⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*, p. 257-264.

Portanto, toda situação fática atual idônea a causar uma lesão ao direito é um modo de violação da norma, na medida em que se põe contra a norma. Logo, desencadeia uma sanção. No entanto, em relação à situação fática atual, o aspecto funcional da sanção amolda-se à natureza repressiva, porque a ameaça, enquanto situação fática atual, é já por si um modo de violação da norma. Portanto, uma sanção desencadeada por esse modo de violação da norma é sanção repressiva. Por essa razão, não é correta a classificação da sanção desencadeada pela ameaça como sanção preventiva, porque na medida em que há uma sanção repressiva referente a uma situação fática atual, ressalta-se o caráter teleológico dessa função, qual seja, evitar a situação fática futura. Sob o caráter teleológico, a repressão da situação fática atual é preventiva da situação fática futura. Logo, somente é correto referir-se à sanção como sanção preventiva, se considerado o aspecto funcional teleológico em uma contextualidade cronológica relativa aos fatos jurígenos que constituem a hipótese da norma sancionatória.

4.6 Uma breve referência ao problema da classificação das sanções

Para uma melhor compreensão do plano sancionatório, impõe-se uma breve referência ao problema da classificação das sanções. Em primeiro lugar, quanto à natureza da norma que prevê abstratamente a sanção, a mesma sempre terá natureza de sanção material. Por outro lado, quanto a natureza da norma que aplica a sanção, a mesma pode ser classificada em sanção material e sanção processual. A antiga afirmação no sentido de que uma sanção material criaria uma situação nova ou um agravamento para o sancionado continua mantendo sua validade. O que não pode ser esquecido é que uma sanção de natureza processual possa implicar numa sanção material, ou seja, tanto pode estabelecer o estado de sujeitabilidade ao poder quanto a criação de uma situação jurídica nova ou mesmo um agravamento. Exemplo marcante de situação jurídica nova consistente na aplicação de uma sanção no exercício da competência pelo órgão jurisdicional é a sanção de nulidade, a qual implica numa nova situação jurídica, como ocorre, por exemplo, com a tutela

constitutiva mediante provimento jurisdicional constitutivo. O ponto importante, aqui, está em compreender que o fato jurígeno, o fato ilícito desencadeador da sanção, não é disciplinado pelo provimento jurisdicional. Trata-se de conduta prevista abstratamente e a consequência também é prevista abstratamente. O que o provimento jurisdicional realiza é a aplicação da sanção, sua concretização ou individualização no caso concreto. Situação diferente ocorre com a sanção no caso de desobediência de ordem judicial. Neste caso, o fato jurígeno desencadeador da consequência jurídica resta estabelecido no comando sancionatório, ou seja, no provimento jurisdicional que estabelece uma conduta. Descumprida a conduta prevista, fica o sancionado sujeito à consequência jurídica prevista para o caso de desobediência. Neste caso, o fenômeno sancionatório da aplicação da sanção concretiza-se com o provimento jurisdicional, o qual estabelece o fato jurígeno desencadeador da sanção e, também, as consequências jurídicas sancionatórias, p. ex., multa pecuniária, prisão. Daí falar-se em sanção de natureza pecuniária, sanção privativa da liberdade, ou mesmo sanção administrativa ou sanção criminal, a depender da consequência preordenada no plano do direito material e concretizada no provimento jurisdicional que aplica a sanção, ou seja, estabelece o fato jurígeno desencadeador das consequências jurídicas e estabelece estas consequências.

Quando se diz que a sanção de natureza processual não cria situação jurídica nova nem mesmo agrava a situação do sancionado, mantém-se na retentiva o fenômeno sancionatório delineado nos moldes do processo civil clássico, o que restou superado pelo processo civil contemporâneo, no qual há liberdade, ou melhor, outorga de competência ao órgão jurisdicional para disciplinar processos sancionatórios, inclusive endoprocessuais.

Quanto ao aspecto da tutela sancionatória, merece destaque o caminho trilhado por Eduardo Talamini, o qual permitiu a construção de um “quadro geral das sanções”, a partir da conjugação dos comandos sancionatórios (aspecto substancial) com os mecanismos sancionatórios (aspecto instrumental). Para uma melhor

compreensão da posposta ofertada por Eduardo Talamini, é necessário considerar que a mesma foi construída a partir do elemento conceitual essencial da sanção enquanto medidas o qual partiu da premissa de que: a “Eficácia dos provimentos jurisdicionais, sanções e mecanismos sancionatórios são elementos inconfundíveis, mas que devem ser relacionados para a adequada configuração das tutelas jurisdicionais.”¹³⁸ Por isso, o processualista dedicou-se ao estudo da sanção, fazendo-o sob outras três premissas: a) a necessidade de um “conceito amplo de sanção, eminentemente funcional: *toda e qualquer medida estabelecida pelo ordenamento, para reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos da inobservância*”;¹³⁹ b) Para Eduardo Talamini, as medidas de aplicação da sanção corresponderiam à noção de sanção em sentido estrito, à qual reservou a denominação de comandos sancionatórios. Deve-se distinguir a sanção em sentido estrito (o *comando sancionatório*) dos mecanismos, também previstos pelo ordenamento, através dos quais os órgãos do Estado atuam a sanção (os *mecanismos sancionatórios*).” Essa segunda premissa levou-a considerar que: “Há, assim, dois aspectos da norma sancionatória – um *substancial*, outro *instrumental*.”; c) “A aplicação da sanção não é monopolizada pelo órgão jurisdicional.” Isso porque, “Dentro de certos limites e condições, desenvolve-se a atividade sancionatória da Administração Pública, amparada na exigibilidade e executoriedade de que se revestem seus atos [...]” Por essa razão, o mencionado processualista concluiu que os mecanismos sancionatórios “não se circunscrevem ao campo jurisdicional – embora seja essa a área relevante para os fins do presente estudo.”

¹³⁸ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa às obrigações de fazer e de não fazer*, p. 166 e ss.

¹³⁹ À luz desse conceito, Talamini esclarece: “Essa perspectiva é *incompatível* com a limitação conceitual das sanções à tradicional noção de *consequência negativa* (*imposição de um “mal”*) *normativamente prevista para o caso de violação de uma norma*. Pela concepção ora adotada, a sanção: i) não é necessariamente medida posterior à conduta do sujeito sancionado, podendo ser preventiva; ii) não consiste necessariamente na “realização compulsória de um mal”, eis que se pode apresentar sob a forma de um *prêmio* (concessão de um bem) a quem observa voluntariamente determinada norma jurídica; e, como consequência dos traços anteriores, iii) não é necessariamente reação a um ato ilícito, embora tenha em mira sempre a observância de normas jurídicas” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa às obrigações de fazer e de não fazer*, p. 166).

Eduardo Talamini compreende a necessidade de examinar a sanção sob o duplo aspecto consistente na sua aplicação e na sua atuação. Porém, não deixa clara a sua compreensão sobre o sentido em que se deve entender por “aplicação da sanção”. Porém, pode-se concluir que as medidas de aplicação da sanção, para Eduardo Talamini, corresponderiam à noção de sanção em sentido estrito, à qual reservou a denominação de comandos sancionatórios. No que tange à atuação da sanção, o processualista prefere examinar o problema das medidas adotadas para o cumprimento da norma, denominando tais medidas de “mecanismos sancionatórios”. Aliás, ao longo do seu discurso, Eduardo Talamini deixa-se trair ao empregar com certa frequência o termo “medida” em lugar de “mecanismo”, o que, de certa forma, impõe reconhecer que o emprego da locução mecanismos de sancionatórios” parece ser mesmo desnecessário, já que o emprego da locução “medidas sancionatórias” guardaria melhor correspondência com o aspecto conceitual da tutela sancionatória.

Em relação aos mecanismos sancionatórios, Eduardo Talamini propõe a concepção de duas espécies: mecanismos sancionatórios de sujeição; e mecanismos sancionatórios indutivos. Para Eduardo Talamini, mecanismos de sujeição corresponderiam ao que se tem na doutrina como medidas sub-rogatórias, ou seja, “constituem providências aptas a, independentemente da participação do sancionado, atingir o resultado determinado pelo comando sancionatório.” Para Eduardo Talamini, esses mecanismos de sujeição se classificariam em duas espécies: mecanismos de sujeição materiais e mecanismos de sujeição ideais.

Os mecanismos de sujeição materiais seriam assim classificados por serem fisicamente tangíveis, - mencionando, a título de exemplo, penhora e expropriação, busca e apreensão, prisão -. Eduardo Talamini propõe, ainda, uma distinção entre mecanismos de sujeição materiais que teriam escopo repressivo, denominando-os de “medidas materiais repressivas diretas”, de outros mecanismos de sujeição materiais que “visam a algum outro resultado que não tem estrito escopo

repressivo.” Assim: “Pela repressão direta, o agente sancionador limita-se a adotar providências destinadas a impedir fisicamente uma conduta do réu (ex.: o impedimento da invasão de um imóvel ou da agressão física),” o que não ocorreria com as outras medidas sub-rogatórias que não que não teriam estrito escopo repressivo.

Já os mecanismos de sujeição ideais não implicam uma tangibilidade física, mas apenas jurídica, ou seja, o resultado se passa exclusivamente no plano dos efeitos jurídicos; a título de exemplo, menciona: a “separação judicial fundada na culpa de um dos cônjuges, provimento substitutivo de declaração de vontade, resolução contratual pelo inadimplemento, impedimento de contratar com a administração...”

Por fim, para Eduardo Talamini, a exemplo do que ocorre com as sentenças constitutivas, tanto os mecanismos de sujeição materiais ou quanto os ideais poderiam ainda ser classificadas em mecanismos de sujeição os mecanismos de sujeição “necessários” e “não-necessários”. E esclarece que os mecanismos de sujeição não-necessários “substituem propriamente uma conduta do sancionado, que poderia ter sido por ele mesmo cumprida”, a exemplo do que ocorre com 1) as medidas de execução por quantia certa substituem o pagamento; 2) a repressão impeditiva do esbulho supre a conduta de respeito à posse alheia. Já os mecanismos de sujeição necessários “também se prestam à consecução de um resultado independentemente da vontade do sancionado”, porém esse resultado “jamais poderia ser atingido pela mera conduta voluntária do sancionado”, a exemplo do que ocorre com a prisão, onde “não há como o sancionado “prender-se” voluntariamente.” Por fim, Eduardo Talamini conclui que nos mecanismos de sujeição necessários “não existe propriamente ‘sub-rogação’ de conduta.” No entanto, para Talamini, “a essência das medidas em questão, que confere unidade à categoria, não está no substituir um comportamento do sancionado, mas no *prescindir do seu comportamento*.” E arremata: “Daí por que seria mais adequado denominá-las medidas de *sujeição*, e não de “sub-rogação”.

Para Eduardo Talamini os “*mecanismos indutivos* prestam-se a influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica.” Essa indução consistiria ou numa “ameaça de um mal caso ele desrespeite um comando” ou numa “promessa de um bem para a hipótese de cumprimento voluntário”. Para Eduardo Talamini, os mecanismos indutivos, consistentes numa ameaça de um mal para o caso de desrespeito do comando sancionatório, corresponderiam às “medidas indutivas positivas”, que ele diz ser “tradicionalmente denominadas ‘meios coercitivos’, a exemplo da multa diária, da prisão civil ... Já os mecanismos indutivos consistentes numa “promessa de um bem para a hipótese de cumprimento voluntário”, corresponderiam às “medidas indutivas negativas”, a exemplo do que ocorre no caso dos incentivos fiscais, da isenção de custas e honorários em caso de cumprimento espontâneo de determinadas decisões judiciais (CPC, art. 1.102c, § 1º, Lei 8.245, art. 61).

Quanto aos comandos sancionatórios, Eduardo Talamini correlaciona-os com as “medidas” consistentes na aplicação da sanção, propondo sua classificação a partir de dois critérios: o do momento e o da função. Para Eduardo Talamini, a partir desses critérios, os comandos sancionatórios seriam classificados em: preventivos, simultâneos, retributivos positivos e negativos, restituitórios e ressarcitórios.

Eduardo Talamini propõe a classificação da sanção, a partir de um critério de distinção entre “comandos sancionatórios” e “mecanismos sancionatórios”.¹⁴⁰ Comandos sancionatórios, para Eduardo Talamini, são as medidas de aplicação da sanção, em sentido material, cuja proposta de classificação apresentada parte de dois critérios: o do momento e o da função. A partir desses critérios, os comandos sancionatórios seriam classificados por Talamini em: preventivos, simultâneos, retributivos positivos e negativos, restituitórios e ressarcitórios. Daí falar em sanções preventivas, sanções simultâneas e sanções sucessivas.¹⁴¹

¹⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 173.

Sanções preventivas são aquelas “que se realizam antes que se desenvolva o comportamento do sujeito sancionado. Algumas prestam-se a evitar o ilícito; outras, para incentivar o sujeito a que adote conduta ‘preferida’ pelo ordenamento, entre duas ou mais juridicamente autorizadas.”¹⁴² Por sua vez, “as sanções preventivas subdividem-se, em virtude dos mecanismos através dos quais atuam e dos seus objetivos específicos em providências de i) controle, ii) encorajamento, iii) intimidação e de iv) preclusão.”¹⁴³

Sanções simultâneas são aquelas que “efetivam-se através de medidas subrogatórias, em sentido estrito [...] ou na forma de medidas repressivas diretas, mediante impedimento físico de que o sujeito faça aquilo que não pode fazer.”¹⁴⁴

Por fim, sanções sucessivas “são as que se põem em prática depois de já operada a conduta conforme ou desconforme à norma jurídica. Subdividem-se em dois grandes grupos, conforme visem i) a reparar (eliminar ou atenuar) a transgressão e suas conseqüências ou ii) a retribuir com um prêmio ou um castigo, respectivamente, a conduta de observância ou inobservância da norma jurídica.”¹⁴⁵

Eduardo Talamini propõe o exame das “sanções voltadas a reparar a transgressão” estabelecendo uma diferença entre a “sanção restitutória (*lato sensu*) da sanção ressarcitória”. Assim: “A *sanção restitutória (lato sensu)* tem em mira a obtenção de resultado igual (*rectius*: o mais próximo possível) ao que se teria caso a norma violada houvesse sido respeitada”. Essa classe de sanção abrangeria: “i) a obtenção tardia da conduta ativa devida ou ii) dos resultados que com ela se teria –

¹⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 173.

¹⁴² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 173.

¹⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 174.

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 177.

¹⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 177.

quando isso ainda for possível e revestido de interesse para o titular do direito; iii) a cessação da conduta ativa indevida de caráter continuado (inclusive mediante medidas repressivas diretas) e (ou) iv) o desfazimento de consequências da conduta indevida (ex.: destruição de obra indevida).”¹⁴⁶

A “sanção ressarcitória”, para Eduardo Talamini, comportaria tanto “ressarcimento pecuniário” quanto o ressarcimento “em forma específica”. A sanção ressarcitória, para Eduardo Talamini, teria fundamento na “inviabilidade da sanção restitutória” ou na sua “operacionalidade parcial”. Isso porque, ou se torna “impossível (ou deixa de ser interessante para o titular do direito) a consecução do resultado igual ao que se teria com o adequado cumprimento [...] na medida em que [...] a restauração das coisas a como eram ou deveriam ser é sempre incompleta: no mínimo, é irreversível o decurso do tempo entre a violação e a atuação da sanção sucessiva [...], caso em que [...] a sanção restitutória é inviável ou opera parcialmente, poderá ainda incidir a sanção ressarcitória – destinada a indenizar eventuais perdas e danos decorrentes da violação.”¹⁴⁷

¹⁴⁶ Talamini dirige uma crítica a outra opção no trato da sanção que ele compreende como sendo restitutória: “Há quem prefira classificar como categorias distintas, por um lado, a obtenção tardia do comportamento devido (ativo ou omissivo) do sancionado e, por outro, a realização dos resultados que se teria com essa conduta (nisso incluído o desfazimento das consequências da ação ou omissão indevida). Parece, no entanto, que sob o prisma da função a ser desenvolvida e do momento em que se desenvolve – instauração, posterior à violação (instantânea ou continuada), da situação que existiria se tivesse havido a conduta devida –, ambos os grupos recaem na mesma classe. A diferença que se pretende ver toma em conta suposta diversidade do aspecto estrutural dos mecanismos sancionatórios empregados: medidas de coerção em um caso, medidas de sub-rogação no outro. Ocorre, porém, que a correspondência não é absoluta: se é certo que a obtenção tardia do comportamento devido pelo sancionado exige necessariamente mecanismos de indução sobre sua vontade, os resultados que derivariam do comportamento devido podem, em certos casos, ser atingidos tanto mediante medidas de sujeição quanto de indução (pense-se no desfazimento de muro indevidamente construído).”

Tampouco se justifica, em sede de teoria geral do Direito (nem no âmbito das repercussões processuais civis adiante consideradas), distinguir as hipóteses de descumprimento de “obrigações contratuais” das hipóteses de violação de deveres de outra natureza. Mais uma vez, a perspectiva funcional desautoriza a diferenciação. A suposta circunstância de que a “culpa” do devedor seria pressuposto da “tutela do adimplemento obrigacional”, não se pondo na hipótese de violação a deveres não obrigacionais, além de submetida a variações jurídico-positivas, é alheia aos critérios ora empregados para a classificação das sanções. Trata-se, isso sim, de elemento para a definição da ocorrência de violação ao direito (e não de mero requisito para a aplicação da sanção): quando o ordenamento estabelece que, impossibilitada a prestação obrigacional (*stricto sensu*) sem culpa do devedor, não há inadimplemento, simplesmente define que nesse caso não terá havido violação a direito.”

Por outro lado, para Eduardo Talamini, “concebe-se também o ‘ressarcimento em forma específica’”, no caso em que “a indenização dos prejuízos gerados pela transgressão mediante a entrega de bens em espécie (ou realização de ato) que guardem equivalência prática com aqueles que foram prejudicados.” A “equivalência e a compensação visadas pelo ressarcimento podem ser atingidas através de dinheiro. Mas “concebe-se também o ‘ressarcimento em forma específica’: a indenização dos prejuízos gerados pela transgressão mediante a entrega de bens em espécie (ou realização de ato) que guardem equivalência prática com aqueles que foram prejudicados.”¹⁴⁸

Talamini admite que “[...] é inegável existir, também nesse tema, uma “zona cinzenta”, a exemplo do que ocorre “nas distinções entre outras sanções”[...] dentro da qual não é tão claro que determinada providência combata a transgressão ou os danos delas derivados.” Para ilustrar essa circunstância, Et lança mão do exemplo consistente na “retratação em público do ofensor da honra alheia”, afirmando: “sob determinada perspectiva, presta-se a “desfazer” (liminaramente) a transgressão consistente na ofensa; sob outra, mais marcante, atenua os danos morais advindos das ofensa.” Bem se vê que Eduardo Talamini não andou na seara da clareza imposta pela distinção entre ilícito e dano, o que, por certo, impediu-o de delimitar uma sanção voltada contra o ilícito de uma sanção voltada contra o dano. Mas

¹⁴⁷ Esclarece Talamini: “Afirma-se que, nesse caso, a sanção destina-se a produzir resultado equivalente ao que deveria ter ocorrido ou que pelo menos compense a violação da norma, através de quantia monetária ou outro meio que atenua os efeitos danosos da violação. Há propriamente equivalência quando os interesses lesados são passíveis de aferição patrimonial. Quando isso não ocorre, a indenização, se não repara propriamente os danos, atribui uma compensação dos prejuízos sofridos (danos morais).”

¹⁴⁸ Talamini recorda que: “Considere-se exemplo extraído do direito português, em que há regra geral estabelecendo a preferência pelo ressarcimento em forma específica: já se decidiu que cabe ao responsável pelo acidente de trânsito mandar proceder à reparação do veículo sinistrado, caso o proprietário deste não se oponha. O ressarcimento em forma específica não se confunde com a restituição. A sanção restitutória busca estabelecer a própria situação que se teria se não houvesse a violação. Sob esse aspecto, ataca a própria transgressão. Já o ressarcimento em forma específica dirige-se contra os danos advindos da transgressão. Compare-se aquele exemplo retirado da jurisprudência portuguesa com o desfazimento de um muro indevidamente construído; a imposição de instalação de isolamento acústico em casa noturna que vem emitindo barulho excessivo; a realização, por terceiros

admitiu, e nisso andou corretamente, que “A preocupação em distinguir as suas figuras não é aleatória.” Isso porque”: Apontada a diferença, evidencia-se que as regras e princípios mencionados, que fixam a preferência pelo cumprimento específico e a restauração natural, refletem idêntica preferência pelas sanções tendentes a esses resultados (preventivas, simultâneas e sucessivas restituições em todas as suas modalidades).” Mas, Eduardo Talamini não foi muito feliz quando afirmou que: “[...] daquelas normas não se extrai necessariamente a preferência pelo “ressarcimento em forma específica” em face do ressarcimento pecuniário.” Ora, a conclusão de Eduardo Talamini é curiosa, por duas razões: primeiro, porque o mesmo admite que “O tema concerne ao direito material.”; segundo porque compreende a necessidade de uma *tj* adequada. E isso basta para infirmar sua conclusão no sentido de que: “Não existe, no ordenamento brasileiro, regra similar à contida no art. 2.058 do Código Civil italiano e no art. 566, 1, do Código Civil português. No sistema brasileiro, a regra geral é a da indenização pecuniária dos danos decorrentes de atos.” Essa conclusão esvazia a efetividade da tutela jurídica, na medida em que a espécie de sanção ressarcitória na forma específica já nem seria contemplada em caráter preferencial. E é assim que pensa Et quando afirma que: “retomando o exemplo trazido do direito português, entre nós há apenas o direito a ressarcimento pecuniário no valor do conserto (*facere*), a título de ressarcimento em forma específica (não obstante seja possível autocomposição nesse sentido).” E, aí, tem-se um ponto nevrálgico no que tange à efetividade da tutela jurídica.

encarregados pelo juízo, de serviços que o sancionado se havia obrigado a prestar. Em todos esses casos, trata-se de restituição.”

CAPÍTULO IV

DA TUTELA DE SEGURANÇA

1. Considerações gerais

A tutela de segurança deve ser concebida como um modo de tutela dos direitos mediante a declaração de segurança de sua conservação exercício e gozo. Noutras palavras, na tutela do direito contra sua violação pelo exercício ilegítimo de um poder.

O problema da construção da tutela de segurança sempre se manteve com aspecto de atualidade, consubstanciado no fato da existência do direito à segurança, seu objeto e conteúdo. Num corte epistemológico, pode-se compreender o problema da construção da doutrina da tutela de segurança a partir da tensão entre a inadequação do processo civil clássico para atender certas peculiaridades do direito substancial e a necessidade de proteção dos direitos a partir dessas peculiaridades.

De um lado, o desprezo das necessidades peculiares ao direito substancial, e, de outro, a necessidade de proteção aos direitos reconhecidos, implicavam no questionamento da efetividade da tutela ordinária para a realização dessa proteção no viés da *ordinariedade*: modelo de tutela processual consistente na tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia. Assim, na medida em que a matriz da *ordinariedade* não considerava as peculiaridades do direito substancial, constatava-se um dilema: a opção pela expropriação do direito não tutelado adequadamente, mediante sua conversão em direito a um equivalente em pecúnia; ou a opção pela criação de tutelas diferenciadas, aderentes ao direito substancial.

Esse dilema decorria do fato de que, na matriz da universalização da tutela ordinária, construída a partir da tutela máxima da intangibilidade da vontade humana, e sua respectiva incoercibilidade, bem como da igualdade, com o seu perfil reducionista patrimonialista, a noção de sanção processual ficou reduzida à sanção

executiva patrimonial, e, a noção de execução forçada, ficou reduzida à modalidade de execução por crédito. Na concepção de uma tutela condicionada pelos pressupostos teóricos da incoercibilidade da vontade humana e, ainda, pela universalização da tutela ressarcitória, cujo direito “tutelado” era expropriado e convertido em um direito ao equivalente em pecúnia, o problema da tutela de segurança tendia a se restringir ao campo da “segurança de atuação da sanção executiva patrimonial”. Nesse aspecto, a não-realização do direito, corresponderia, apenas, à não-realização do direito ao equivalente em pecúnia, que somente ocorreria diante do fato da insuficiência do patrimônio do devedor (insolvência). Portanto, evitar o fato da insolvência significava resolver o problema da tutela de segurança, o que se dava mediante a criação ou a fixação de responsabilidade executiva patrimonial, ou, ainda, mediante a constrição de bens para sua conservação ou do patrimônio responsável, através da tutela de segurança de natureza cautelar.

Com essas considerações, fica mais fácil compreender o cenário no qual se desenvolveu a tentativa empreendida por alguns processualistas alemães, dentre eles Wach,¹⁴⁹ no século XIX, ainda nos albores do nascimento da ciência processual, de isolar uma categoria consistente num direito subjetivo substancial à segurança. Na Itália, Allorio adotou essa tese.¹⁵⁰ Também não é difícil compreender que num cenário configurado no termos do processo civil clássico, uma tutela de segurança de natureza substancial parecia mesmo fora de propósito, na medida em que o direito substancial era desprezado, em nome da busca da autonomia do direito processual. Assim, é claro que uma tese desse teor não encontraria espaço para aceitação e desenvolvimento, em razão do caráter de ruptura com o paradigma da *ordinarietà*.

¹⁴⁹ WACH. *Der italienische arrestprocess*, 1868, § 12, p. 95; BRIEGLER, *Einleitung in die Theorie der summarischen procecess*; 1.859, § 75. (*Apud* LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII, t. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 28).

¹⁵⁰ ALLORIO, Enrico. *Per una nozione del processo cautelare*, *Rivista di Diritto Processuale Civile*. 1936, I, p. 18 e ss).

No Brasil, tanto Pontes de Miranda¹⁵¹ quanto Ovídio Baptista da Silva,¹⁵² adotaram a tese consistente na existência de um direito substancial à segurança. E isso se explica pelo fato de ambos se mantiveram fiéis à matriz do direito material, razão pela qual são considerados legítimos representantes da classe dos processualistas substancialistas, pois nunca se deixaram seduzir pelo canto da sereia do instrumentalismo exclusivamente processualista; ou seja, nunca deixaram de considerar o processo civil como um instrumento para a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Logo, tanto para Pontes de Miranda quanto para Ovídio Baptista da Silva, a existência de um direito substancial à segurança era o que de mais óbvio poderia sugerir um ordenamento jurídico.

No estágio atual da ciência processual, resta bem claro que, na busca de tutelas adequadas para atender de forma efetiva o direito substancial, depara-se com o problema da tutela de segurança, não somente como segurança de realização de um direito a um equivalente em pecúnia, mas a segurança do próprio direito, em sua forma específica. Não se discute necessidade e legitimidade de construção de uma tutela de segurança de realização de um direito a um equivalente em pecúnia. O que não é válido é o confinamento da tutela de segurança na matriz dessa necessidade de segurança. Isso porque, a idéia de segurança assim confinada tem por pressuposto um inescandível viés reducionista patrimonialista. Na medida em que a tutela de segurança de realização de um equivalente em pecúnia patrimonial passou a ser considerada como “tutela cautelar”, parece evidente que o problema da tutela de segurança passasse a ser considerado como problema delimitado no campo da tutela cautelar. Com o afastamento da universalização da tutela ressarcitória pela equivalência em pecúnia, afasta-se o perfil reducionista patrimonialista, substituindo-o pelo perfil da tutela na forma específica. A superação do perfil patrimonialista não faz desaparecer o problema da segurança; apenas desloca-o para o âmbito da tutela

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil* (1939) VIII/299 e IX/373; *Comentários ao código de processo civil* (1973), XII/21 e 499.

¹⁵² SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*. 2. ed., Forense, 1999, p. 61 e ss.

específica. Com isso, tem-se um campo de cobertura da tutela de segurança abrangente tanto da necessidade de segurança de realização do direito pelo equivalente em pecúnia quanto da necessidade de realização do direito na forma específica.

O campo de cobertura da tutela de segurança assim abrangente não é nenhuma novidade na seara jurídica. O problema era que, embora isso fosse claro, na matriz da ordinariedade o problema conceitual da tutela de segurança sempre era tratado como uma forma de ruptura. Essa forma de ruptura se resvestia da natureza de tutela diferenciada. E mais: mesmo na matriz da ordinariedade, a tutela de segurança podia assumir tanto a natureza satisfativa quanto a natureza cautelar, desde que se mantivesse o caráter de tutela diferenciada prevista expressamente na lei.

Essa implicação da matriz da ordinariedade fica ainda mais evidente quando se examina o problema da tutela de segurança nos termos em que essa questão foi debatida: como problema da existência, ou não, de um direito subjetivo substancial à segurança. E nesse problema aportava a mazela da imprecisão terminológica que grassava na doutrina, lei e jurisprudência. Por essa razão, o problema da segurança era percebido, mais de perto, no âmbito da tutela cautelar, surgindo, nesse terreno, uma discussão em torno da existência, ou não, de um direito substancial de cautela; essa discussão sim, mais conhecida dos brasileiros.¹⁵³ Não fosse o fato de o debate girar em torno de um direito substancial à cautela, tendo como um falso pano de fundo a “tutela cautelar”, já seria possível delinear a existência de um direito

¹⁵³ Contra a tese sustentada por Ovídio Baptista da Silva, no sentido da existência de um direito substancial à segurança, opôs-se Galeno Lacerda, imputando-lhe um “vício de origem”: Como é sabido, a idéia que faz da ação um direito concreto à tutela jurídica, embora alce a relação processual ao plano do direito público, ressoa-se da marca civilista, que identifica autor com credor e réu com devedor, reduzindo, portanto, a ação a um inaceitável direito a sentença favorável. O direito subjetivo material pode inexistir, embora subsista o direito processual de ação”. Mas se devemos aceitar a autonomia da tutela cautelar, referindo-a não ao direito acautelado, mas a uma situação objetiva de perigo, cremos que não nos será lícito dizer que a ação assecurativa protege sem satisfazer. Há um interesse de direito material que é satisfeito, qualquer que seja o resultado do chamado processo principal (LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, 1984, p. 29).

substancial à segurança, o qual já era delineado mesmo por Galeno Lacerda, um crítico de Ovídio Baptista da Silva:

A idéia de segurança se vincula ao exercício de todo e qualquer direito subjetivo, seja qual for sua natureza, material ou processual. Importa tanto que o direito de crédito se exerça sem tropeços quanto o direito à prova." Por se vincular ao exercício de todo e qualquer direito subjetivo, o problema da segurança aparece, mais de perto, quando aparece o risco quanto ao exercício do direito. Portanto, o cerne da questão da segurança está ligado, de forma indissolúvel, ao problema do risco de ameaça de violação ou de violação do direito.¹⁵⁴

Mas essa concepção de Galeno Lacerda, embora revele aspectos fundamentais da tutela de segurança, ainda era produto de uma concepção de tutela jurisdicional condicionada pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico. Em especial, pelos princípios da incoercibilidade da vontade humana e o da universalização da tutela ressarcitória, onde o problema da segurança ficava restrito ao risco de insatisfação mediante impossibilidade de atuação da sanção executiva patrimonial pelo fato da insuficiência do patrimônio do devedor (insolvência). Isso explica até os termos em que chegou Galeno Lacerda a sua conclusão: “a idéia de segurança se vincula ao exercício de todo e qualquer direito subjetivo, seja qual for sua natureza, material ou processual. Importa tanto que o direito de crédito se exerça sem tropeços quanto o direito à prova.”¹⁵⁵

Porém, visto o problema, agora, sem as traves postas nos olhos pela matriz da ordinariedade, chega-se à conclusão de que houve um lamentável déficit de construção teórica em relação à tutela de segurança, considerando-se, especialmente, o fato de que, no Brasil, há um importantíssimo instituto cunhado até no nome de batismo como tutela de segurança: o mandado de segurança. Ainda assim, não foi possível construir uma tutela de segurança a partir da mandado de segurança, porque,

¹⁵⁴ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, p. 29.

¹⁵⁵ LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*, p. 29.

a rigor, a matriz da ordinaryidade confinava-o na seara da tutela diferenciada, além do que o mandado de segurança tinha um forte compromisso com a defesa do particular contra o arbítrio do governo (e, de resto, de todo o poder público).

2. A tutela de segurança: modo de tutela dos direitos consistente na declaração de sua inviolabilidade

A tutela de segurança é um modo de ser da tutela dos direitos consistente na declaração de sua inviolabilidade. A declaração de inviolabilidade de um direito declarado constitui um dos aspectos do conteúdo da tutela de segurança. Por essa razão, no exame da tutela de segurança constata-se dois aspectos distintos: i) o primeiro, como declaração, no plano do direito substancial, da inviolabilidade dos direitos, o que implica no forte compromisso de conservação da integridade do direito mediante a preordenação do efetivo resultado consistente no seu exercício e gozo na forma específica; ii) o segundo, como conjunto de atividades jurídicas que tem por finalidade a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, no caso de violação dos direitos ou de ameaça de sua violação.

No exato momento em que ocorre a declaração de inviolabilidade dos direitos declarados constata-se outro aspecto fundamental da tutela de segurança, consistente na posição passiva: a declaração de inviolabilidade de um direito implica o dever de sua realização mediante a conservação de sua integridade, exercício e gozo na forma específica. Nos exatos termos em que se declara a inviolabilidade dos direitos, estabelece-se a todos o dever de não-violação dos direitos. Ao Estado, além de se estabelecer o dever de não-violação dos direitos, estabelece-se o dever-poder de conservação da integridade do direito mediante seu exercício e gozo na forma específica. A inviolabilidade dos direitos aparece, assim, como direito primário, ao lado de outro direito primário declarado.

A tutela de segurança dos direitos, no plano declaratório, consubstancia-se na declaração de sua inviolabilidade, como resultado preordenado no campo dos

direitos primários. Logo, a par da declaração de um direito, o ordenamento jurídico positivo declara sua segurança, estabelecendo duas ordens de direitos primários declarados em justaposição. Portanto, pode-se falar em um direito à segurança, o qual apresenta-se: a) sob o aspecto ativo como um direito à integridade do direito declarado mediante a conservação de seu exercício e gozo na forma específica; e, b) sob o aspecto passivo como um dever, b.i) estabelecido a todos, de não-violação dos direitos; e, b.2) ao Estado, dever de conservação da integridade do direito declarado mediante seu exercício e gozo na forma específica.

O direito à segurança, consubstanciado na declaração de inviolabilidade dos direitos e na conservação de sua integridade, seu exercício e gozo na forma específica, assume feição de direito subjetivo público, tanto no caso do dever do Estado de não violar os direitos, quanto no caso do dever-poder do Estado de conservar a integridade do direito e do seu exercício e gozo no caso de violação ou de ameaça de violação. Sob esse aspecto, pode se afirmar que o direito à segurança, enquanto direito ao exercício e gozo do direito declarado, consubstancia-se num direito subjetivo público à segurança, enquanto direito primário do titular, justaposto ao direito primário declarado, de natureza sancionatória. Nesse sentido, constata-se que o direito primário declarado e o direito de segurança ao direito primário declarado, mediante a sua não-violação, assume feição de direito público, já que o Estado tem o dever de assegurar o exercício dos direitos, não permitindo sua violação. Portanto, em relação ao Estado, o direito subjetivo público à segurança implica em que o mesmo é devedor da prestação de segurança, em relação à todas as suas atividades: normativa, administrativa e jurisdicional.

Nessa linha de raciocínio, o problema da inafastabilidade da apreciação da ameaça de lesão ou de lesão (Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) aparece como complemento específico do dever do Estado em relação às suas atividades jurisdicionais, posto que a tutela jurisdicional é um modo de ser da tutela jurídica, ao lado da tutela normativa e da tutela administrativa. Por óbvio, o direito subjetivo

público à segurança não se exaure no âmbito da função jurisdicional, na medida em que o Estado, enquanto devedor da prestação de segurança, o é em relação a todas as suas atividades, incluindo a legislativa e a administrativa.

3. A tutela de segurança – uma questão de comprometimento com a efetividade da tutela jurídica: a preordenação dos resultados e dos meios no plano do direito substancial

Uma correta compreensão da tutela de segurança deve levar em consideração dois fatores: a existência de comprometimento com a efetividade da tutela jurídica e o grau de comprometimento do sistema jurídico com essa efetividade.

O comprometimento do ordenamento jurídico com a realização efetiva dos direitos declarados é aferida mediante a declaração de segurança de sua conservação, sua integridade, seu exercício e gozo. O exame, aqui, tem por objeto os termos em que se dá o compromisso do ordenamento jurídico com a integridade dos direitos reconhecidos, ou seja, com a segurança do exercício e gozo dos direitos já declarados, em caso de ameaça de violação ou de violação. Nesse aspecto, impõe-se examinar se o ordenamento jurídico está compromissado com a segurança do exercício e gozo do direito declarado em sua plenitude, ou seja, na forma específica ou *in natura*, ou se o compromisso do ordenamento jurídico remete para um modelo de tutela pelo equivalente em pecúnia. Na primeira hipótese, constata-se que o compromisso com a efetividade, em si, é maior; na segunda hipótese, constata-se que o compromisso com a efetividade é menor. Esse é o campo de cobertura do modo de ser da tutela dos direitos consistente na tutela de segurança.

Embora essencial para a efetividade desses direitos declarados, o aspecto meramente declaratório da tutela de segurança padece da mesma insuficiência típica da tutela no plano declaratório dos direitos. Repete-se, aqui, o mesmo fenômeno constatado no plano da declaração dos direitos substanciais, que, em si, afigura-se insuficiente para a efetividade dos direitos. A insuficiência da tutela de segurança,

posta no plano declaratório, remete, obrigatoriamente, para o modo de ser da tutela jurídica consistente na tutela jurisdicional, em especial da tutela jurisdicional de segurança. Nesse caso, a tutela jurisdicional estará condicionada ao princípio da adequação, o qual atua sob a égide de dois critérios específicos: o do resultado a ser obtido no plano do direito substancial e o dos meios ou técnicas de atuação da segurança do exercício ou gozo dos direitos declarados, violados ou ameaçados de violação. O exame das técnicas ou dos meios ganha relevo na medida em que haja um forte comprometimento com a efetividade do direito substancial, ou seja, com os resultados no plano do direito substancial, isto é, quando há relevância da tutela de segurança, o que ocorre quando há declaração de segurança. Nesse caso, faz-se necessário o exame dos meios ou técnicas adequadas para a obtenção desses resultados, a fim de que seja atuada a tutela de segurança, o que será alcançado no exame da temática própria da tutela jurisdicional.

Eis a relevância que a tutela dos direitos passou a ostentar no campo da dogmática processualista contemporânea, pois, na medida em que prevalece o Estado Democrático de Direito, sobressai a importância da declaração dos direitos e da segurança do exercício e gozo dos direitos declarados, quer no caso de ameaça de violação, da violação, em si, ou mesmo da eventual consequência da violação, no caso, o dano. Portanto, de fundamental importância a tutela de segurança e a tutela jurisdicional de segurança, para a tutela dos direitos.

4. Breve conclusão sobre o conceito de tutela de segurança

Os vocábulos “preventivo”, “segurança” e “cautelar” são às vezes empregados com o mesmo significado por parte dos processualistas. Conforme anota Pontes de Miranda,¹⁵⁶ os velhos juristas lusitanos que trataram da ação cautelar denominavam-na “procedimentos de segurança”. Segundo Ovídio Baptista da Silva,¹⁵⁷ Pontes de

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. v. XII, p. 7.

Miranda “sempre dera preferência ao vocábulo *cautelar*, embora empregasse também a palavra *preventiva* com o mesmo significado.” Para Ovídio Baptista da Silva, a introdução do vocábulo cautelar no direito brasileiro, por influência da doutrina italiana, diga-se, “corresponde a uma novidade elogiável, capaz de permitir que as ações e medidas de simples segurança sejam classificadas, de modo que se possa distingui-las de outras medidas e ações igualmente preventivas, que não chegam a ser cautelar ou, ao contrário, ultrapassem os limites da simples cautelaridade.”¹⁵⁸ Daí Ovídio Baptista atribuir às cautelares a denominação de “tutelas de simples segurança”,¹⁵⁹ exatamente com o fito de distingui-las nitidamente das demais tutelas de segurança não-cautelares, ou seja, das satisfativas. Na verdade, a relação que há entre elas é uma relação de gênero-espécie: a tutela preventiva, gênero, comporta as espécies tutela cautelar e tutela satisfativa. A tutela de segurança, de igual modo, compreende as espécies cautelar e satisfativa.

O conceito de tutela de segurança pode ser compreendido como o modo de tutela dos direitos consistente na declaração de inviolabilidade de um direito como resultado preordenado no plano do direito material, conhecido ou cognoscível, e na preordenação de meios para a sua conservação, exercício e gozo na forma específica, ou na conservação da situação fática para o seu exercício e gozo.

Para José Afonso da Silva, a tutela jurídica à segurança restaria constituída pelos direitos à segurança, assim entendidos como o conjunto de direitos que “aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental (intimidade, liberdade pessoal ou a incolumidade física ou moral).”¹⁶⁰ Embora o compromisso do referido

¹⁵⁷ Ovídio Baptista da Silva anota: “Nos sistemas europeus e latino-americanos de descendência espanhola, usa-se igualmente o vocábulo *cautelar* para designar as *ações de segurança*” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 2).

¹⁵⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 2.

¹⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 1.

constitucionalista não fosse o de estabelecer um delineamento mais amplo para o direito de segurança, o fato é que o mesmo revela, ainda que parcialmente, aspectos do conteúdo desse direito. Assim, ao declarar um direito, o sistema justapõe a declaração de que assegurará o seu exercício e gozo na forma específica. Os modos pelos quais se revela o compromisso com a inviolabilidade do direito declarado consiste no aparelhamento de situações, posições, limitações e procedimentos adequados para assegurar o seu exercício e gozo.

A declaração de segurança do exercício e gozo do direito justapõe-se, naturalmente, no plano declaratório. Logo, uma coisa é declarar um direito; outra, bem diferente, é comprometer-se com sua conservação, integridade, exercício e gozo. Quando o exercício e gozo desse direito resta ameaçado de violação ou mesmo violado, nasce a pretensão à segurança, ou seja, a exigência de segurança do exercício e gozo do direito violado ou ameaçado de violação. O objeto imediato do direito de segurança consiste na conservação da integridade, exercício e gozo do direito.

Na doutrina, há divergência quanto à classificação dos direitos de segurança. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹⁶¹ os direitos à segurança apresentam-se como direitos individuais e não como garantias individuais. Para José Afonso da Silva,¹⁶² no termo segurança acha-se ínsita a natureza de garantia. Esse problema resta superado na medida em que se entende que o termo “garantia” corresponde ao termo “segurança”.

Pontes de Miranda, admitia uma pretensão à segurança, autônoma, enquanto pretensão, mas não autônoma enquanto ação. Portanto, ao lado da pretensão a uma

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 439.

¹⁶¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 274, 280 e ss.

¹⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 439.

sentença ou a uma execução, há uma pretensão à segurança, a qual nasce do fato de que o meio normal é inábil para a garantia do exercício e gozo do direito. Isso equivale dizer que, para Pontes de Miranda, não existia um direito autônomo à segurança, já que a pretensão à segurança (essa autônoma) nascia do fato de que a sentença seria inábil para assegurar o exercício do direito ou mesmo que a execução é inábil para garantir o exercício do direito.

5. Classificação da tutela de segurança - a tutela de segurança quanto à finalidade: tutela de segurança satisfativa e tutela de segurança cautelar

Na medida em que o conceito de tutela de segurança pode ser compreendido como o modo de ser da tutela dos direitos consistente na declaração de inviolabilidade de um direito como resultado preordenado no plano do direito material, conhecido ou cognoscível, e na preordenação de meios para evitar a sua violação, ou, no caso de violação, assegurar o seu exercício e gozo na forma específica, deve-se compreender que o mesmo não faz distinção quanto à finalidade da segurança. Isso porque, quanto à finalidade, a tutela de segurança tanto pode ser satisfativa quanto cautelar. Aliás, essa peculiaridade da tutela de segurança tem sido a causa de enormes confusões e imprecisões terminológicas. Por essa razão, exclui-se a finalidade específica à luz da satisfatividade, ou não, da tutela de segurança, razão pela qual o conceito de tutela de segurança abrange tanto o campo de cobertura da tutela de segurança satisfativa quanto da tutela de segurança cautelar. Isso porque, a fixação do conceito de tutela de segurança, como declaração de inviolabilidade dos direitos declarados, mediante a preordenação pelo direito substancial da conservação de sua integridade, exercício e gozo na forma específica, impõe a compreensão da tutela de segurança como um gênero comum tanto ao direito substancial quanto ao direito processual: tanto os direitos preordenados no plano substancial quanto no plano processual devem ser conservados em sua integridade, seu exercício e gozo. Logo, não é válida a limitação da tutela de segurança ao direito substancial ou ao

direito processual, porque ambos os direitos carecem de conservação de sua integridade e do seu exercício e gozo.

Conforme anota Ovídio Baptista da Silva,¹⁶³ impõe-se a compreensão do “conceito de *satisfatividade*, ou satisfação de um direito submetido a um processo contencioso”. Isto porque: “Saber quando o magistrado, através de um provimento judicial, satisfaz um direito não é uma tarefa tão simples quanto parece; nem tão óbvio o conceito de satisfação que nos pudesse dispensar de uma análise especial”.¹⁶⁴ Para Ovídio Baptista da Silva, a “*satisfação* de um direito toma este conceito como equivalente à sua *realização* concreta e objetiva. Satisfazer um direito, para nós, é realizá-lo concretamente no plano das relações humanas.”¹⁶⁵

Todo direito tende, necessariamente, para a realização. O direito, pode-se dizer, é uma ordem normativa carente de realizabilidade prática. Podemos dizer, então, que os direitos tendem a realizar-se no plano social e a tutela cautelar é, precisamente, um instrumento eficaz concebido para assegurar a realização dos direitos”. Queremos chamar a atenção do leitor para o que acaba de ser dito. Conceituando a tutela cautelar, tivemos o cuidado de dizer que ela exerce função de instrumento que *assegurar a realização* dos direitos subjetivos. *Assegura*, porém, não *satisfaz* o direito assegurado.¹⁶⁶

O direito à segurança constitui-se no direito à inviolabilidade dos direitos e na conservação de seu exercício e gozo na forma específica. Na medida em que se estabelece a inviolabilidade dos direitos, constata-se, imediatamente, a declaração de segurança de que os direitos são invioláveis, a exemplo do que ocorre com a declaração de inviolabilidade dos direitos, como direito primário de todos os

¹⁶³ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 38.

¹⁶⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 38.

¹⁶⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 38.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 3, p. 38.

brasileiros e estrangeiros, na forma da declaração de inviolabilidade dos direitos positivada no art. 5º, da Constituição Federal.

6. O problema da pretensão à segurança – o risco de periclitção

O aspecto de autonomia da tutela de segurança, enquanto direito substancial de conservação da integridade do direito, seu exercício e gozo, permeia de modo indistinto tanto o direito substancial quanto o direito processual. Por isso, para a existência do direito à segurança não se exige outra coisa que não a possibilidade imanente de violação do direito e o compromisso com a efetividade do direito declarado, mediante a declaração de inviolabilidade e a preordenação dos meios para a obtenção dos resultados. Assim, a existência do direito substancial à segurança não depende da natureza do direito declarado nem tampouco do fator consistente no risco de periclitção do direito declarado. O que caracteriza o direito à tutela de segurança é a inviolabilidade declarada no plano do direito substancial.

O problema do risco de periclitção do direito declarado inviolável, já é um problema específico da pretensão à tutela jurídica de segurança.¹⁶⁷ Também não tem

¹⁶⁷ É válida a transcrição do escólio de Pontes de Miranda: “A pretensão à tutela jurídica de asseguarção de certa situação de fato (inclusive prova), deferimento de medida preventiva ou de asseguarção da execução, é chamada, em terminologia científica do direito processual, pretensão à segurança ou à asseguarção. Pressupõe-se outra pretensão, ou à sentença ou à execução; porém é autônoma. Há ações e sentenças, que então se proferem, mandamentais. Não há por onde se criar sexta espécie de ações. Se tomam a natureza de execução para a segurança (adiantamento da execução *e. g.*, art. 585 do Código de Processo Civil), são ações executivas. Têm razão, portanto, os que consideram à parte a pretensão à segurança (Rudolf Pollak, *System des österreichischen Zivilprozessrecht*, 144), porém não os que consideram as ações correspondentes como classe própria. Por onde se vê, como em outros casos, que a classificação das ações não corresponde à classificação das pretensões. Por outro lado, erram os que têm a execução adiantada dos títulos extrajudiciais como espécie de ações de segurança (cautelares). A preventividade de tais ações é, ou passou a ser, elemento ínfimo junto à sua executividade específica. Quanto à pretensão de asseguarção da prova (arts. 846-851), é de justiça reconhecer-se que foi Rudolf Pollak (*System*, 46) quem se preocupou com a sua natureza e classificação e quis pôr a ação respectiva ao lado da ação declaratória de documento (Código de Processo Civil, art. 4º e parágrafo único), mas teve de renunciar à assimilação.

Alguns autores europeus falam da pretensão de segurança, de que é exemplo a ação do que pede o depoimento ou a vistoria em perpétua memória, o registro da hipoteca legal (Código Civil, arts. 849-846), ou da hipoteca judiciária (Código Civil, art. 824), que o Código de Processo Civil de 1939, art. 284, mencionou como efeito da sentença. Passou isso ao Código de 1973, art. 466. As medidas preventivas ou acautelatórias entram aí. Rudolf Pollak (*System*, 44) frisou que se trata, no fundo, de pretensão à sentença ou à execução. Aparece essa pretensão, porque o meio normal seria inábil. Mas, nesse meio provisório ou

nenhuma influência no aspecto conceitual essencial da tutela de segurança sua natureza satisfativa ou sua natureza cautelar. Assim, pode-se afirmar que toda tutela cautelar é tutela de segurança. Porém, nem toda tutela de segurança é tutela cautelar.

Luiz Fux dedicou-se à temática da tutela de segurança, em trabalho elaborado antes da reforma introduzida pela Lei 8.952/94. Para Luiz Fux,¹⁶⁸ o *periculum in mora*, assim entendido como a “situação de periclitación do direito da parte”, é um pressuposto essencial para a caracterização da tutela de segurança. No entanto, o direito da parte em situação de perigo restringe-se ao direito material, reservando para o âmbito da tutela cautelar a situação de periclitación do direito de natureza processual.

Explica Luiz Fux:

Em princípio as queixas às violações aos interesses materiais veiculam-se através das demandas de conhecimento e execução. Entretanto, situações denunciadoras do *periculum in mora* instam juízes a decidir em *summaria cognitio* acerca do direito material da parte, provendo por vezes de tal maneira que desaparece, após a solução judicial rápida, qualquer interesse de agir em preservar bens ou direitos em juízo.

Essa tutela reclamada, não obstante afim com a cautelar pelo requisito do *periculum in mora*, não tem a mesma natureza e regime daquela, denominando-se, genericamente de “tutela de segurança” [...]¹⁶⁹

Ao contrapor a tutela cautelar à tutela de segurança, Luiz Fux nega àquela a qualidade de tutela de segurança. É que, para Luiz Fux, a tutela de segurança reveste-se da satisfatividade, embora nem sempre reveste-se da imutabilidade dos efeitos

emergencial constitui pretensão à parte? No processo cominatório temos alguns casos. Tanto não é pretensão à parte que só se permite nos casos previstos pela lei processual ou resultantes do seu sistema. Não poderíamos tê-la como a sexta espécie de ações. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 46).

¹⁶⁸ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48.

¹⁶⁹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 48.

materiais da sentença, já que o regime jurídico da coisa julgada material, na tutela de segurança, é o da coisa julgada material *secundum eventum litis*.

Segundo Luiz Fux, a tutela de segurança tem como pressuposto a urgência:

Frise, entretanto, que nem toda urgência caracteriza a tutela de segurança, mas antes esta tem como pressuposto aquela, haja vista que a tutela cautelar e outras também se engedram com fulcro na urgência, sem que se possam considerar-se tutelas de segurança, mas antes encerram valoração de interesses em jogo levados em conta pelo legislador como, v. g., ocorre com as ações possessórias em que a defesa social da posse imprime ao procedimento um regime também especial.

Qual seria, então, a diferença entre a tutela cautelar e a tutela de segurança, para Luiz Fux? Ei-la:

Desta sorte, timbre-se a diferença entre a cautelar e a tutela de segurança, ora enfocada sob o prisma de que a proteção do direito material faz-se *simpliciter et plano*, submete-se ao procedimento célere cautelar e se distingue deste na parte em que o juízo dispõe sobre a relação de direito material, podendo gerar resultados irreversíveis sobre os quais repousará a coisa julgada, tornando a decisão proferida em *summaria cognitio* imutável e indiscutível *secundum eventum litis*.¹⁷⁰

Em seguida, aduz:

É preciso que se assente da pouca importância do *nomem iuris* que se atribua ao pedido para lhe desvendar a natureza jurídica. Haverá tutela de segurança toda vez que, mercê de proteger o direito material da parte, o juiz tiver de prover em caráter urgente não obstante a veste da postulação seja cautelar.
[...]

Na tutela de segurança oriunda das ações de segurança, os pressupostos são afins com aqueles reclamados pelo processo cautelar. Exige-se *periculum in mora*, e o *fumus boni iuris* é avaliado para a concessão da providência urgente.¹⁷¹

¹⁷⁰ Luiz Fux. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 62-63.

¹⁷¹ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 63.

Daí indaga-se: qual é a diferença entre o *periculum in mora* como pressuposto da tutela de segurança e o *periculum in mora* como pressuposto da tutela cautelar? Para Luiz Fux:

A diferença está em que o *periculum in mora* é para a futura tutela; há um risco de malogro da prestação jurisdicional principal e definitiva. Na tutela de segurança a periclitacão é do próprio direito material da parte, é a pretensão que está sob ameaça de desaparecimento naquele momento, não se cogitando de outro qualquer processo. Perquire-se uma solução única e definitiva tal como ocorre nos processos em geral, distinguindo-se, *in casu*, pela necessidade de provimento urgente que arrasta uma análise, também imediata e, por vezes, incompleta.¹⁷²

O exemplo dado por Luiz Fux é eloquente:

É, em resumo, o *periculum in mora* para a tutela de segurança o perigo de dano iminente e irreparável ao direito da parte, decorrente da natural demora da submissão daquela pretensão à análise judicial ordinária. Assim, v. g., se a vítima de um acidente necessita realizar urgentemente uma cirurgia e não dispõe de meios para custeá-la, em situação diametralmente inversa ao suposto culpado, que é detentor de uma situação econômico-financeira invejável, lícito será ao juiz impor a prestação de fundos necessários ao tratamento, em face da evidente impossibilidade de espera pelo processo condenatório ordinário, diante das fortes aparências quanto à culpabilidade do adversário abastado. Isso é justiça!¹⁷³

Ovídio Baptista da Silva afirma que:¹⁷⁴

Para procurar um conceito científico de “pretensão à segurança”, temos de ficar alertas, nas hipóteses emergentes, precisamente, para esses elementos eficaciais da prestação jurisdicional. Se ocorrer o elemento condenatório, como força preponderante, ou como eficácia relevante da sentença, é porque houve concomitantemente *juízo declaratório*, sem o qual não poderia haver condenação. Ora, declaração com eficácia de coisa julgada material em mais

¹⁷² FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 63-64.

¹⁷³ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*, p. 64.

¹⁷⁴ SILVA, Ovídio Baptista da Silva. *A ação cautelar inominada*, p. 16.

condenação, em verdade haveria satisfação e não simples *segurança* da pretensão.

A advertência de Ovídio Baptista da Silva justifica-se pelo fato de sua compreensão no sentido de que tutela de segurança não corresponde exatamente à tutela preventiva, já que esta compreende um campo de cobertura maior do que o da tutela de segurança. Assim, para Ovídio Baptista da Silva, a pretensão à segurança somente existiria na medida em que compreende a “simples tutela de segurança”, a qual corresponde ao caráter não satisfativo.

Ovídio Baptista da Silva:¹⁷⁵

[...] assim concebida a pretensão a segurança, como exigibilidade de prestação jurisdicional para a tutela contra o “estado perigoso” enquanto tal, e na medida em que esse estado de risco de dano irreparável *possa ser referido a uma situação jurídica concreta e individualizada* [...] (grifo do autor)

O risco de periclitção do direito declarado apenas qualifica o modo de atuação da segurança, o qual passa a ser norteado pelo valor urgência. No entanto, a urgência não é a marca característica da tutela de segurança. Tanto que posso ter uma tutela de segurança de urgência quanto posso ter um tutela de segurança de não urgência. O que importa para caracterizar a tutela de segurança é o resultado consistente na conservação da integridade do direito no seu modo de exercício e gozo. Portanto, o problema da periclitção do direito é um problema da tutela de segurança tanto de natureza satisfativa quanto de natureza cautelar.

¹⁷⁵ SILVA. Ovídio Baptista da Silva. *A ação cautelar inominada*, p. 16.

7. A dimensão constitucional da tutela de segurança: uma tutela jurídica qualificada pela adequação – princípio da plenitude dos instrumentos processuais e flexibilização das técnicas processuais

A tutela de segurança restou positivada na Constituição de 1988, em seu art. 5º, *caput*, como direito subjetivo público primário, na medida em que declara a existência de um direito subjetivo à segurança mediante a “garantia de inviolabilidade do direito”.¹⁷⁶ Embora o referido *caput* refira-se expressamente à garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, a extensão da lista constante em seus incisos e a fórmula aberta positivada em seu § 2º, permite concluir que a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, declara a inviolabilidade de direito, estabelecendo, dessa forma, o conteúdo da tutela de segurança, consistente na declaração da inviolabilidade dos direitos.

Os estudos contemporâneos têm permitido estabelecer como princípio fundamental de atuação da tutela jurídica, o princípio da adequação. A partir desta constatação, entende-se que a tutela jurídica deve ser adequada aos valores vigentes à época, vale dizer, não basta que haja a tutela jurídica, mas a mesma deve ser adequada aos valores vigentes à época de sua atuação. Portanto, a adequação da tutela jurídica aos valores vigentes à época de sua atuação implica em reconhecer como princípio norteador em sua formulação, o princípio da adequação. No que tange ao aspecto dos valores vigentes à época de atuação da tutela jurídica, impõe-se o exame da Constituição Federal como fundamento da ordem jurídica, porque, a rigor, à luz dos valores vigentes, a própria Constituição se submete ao crivo da legitimidade. Logo, o que se põe em xeque é mesmo o fundamento Constitucional, enquanto fundamento da ordem jurídica. Essa linha de investigação teórica permite

¹⁷⁶ O Art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

questionar um aspecto caro à idéia de democracia, submetendo sua compreensão a uma esfera de indecidibilidade, ou seja, uma esfera do indecidível.¹⁷⁷

A esfera de indecidibilidade atuaria tanto no plano da formulação constitucional quanto na formulação das normas infraconstitucionais. De igual modo, a esfera da indecidibilidade atua, também, nas condutas dos agentes do poder público e do poder privado, tanto no que tange às condutas positivas quanto às negativas, bem como às omissões de condutas devidas. Por óbvio, nessa perspectiva de esfera de indecidibilidade impõe-se compreender sua abrangência tanto a situações processuais quanto a situações substanciais. Isto equívale dizer que todo comportamento está condicionado ao plano superior implicado pela indecidibilidade.

Não há dúvida de que essa linha de raciocínio implica na compreensão da existência de valores referenciais. Neste sentido, parece adequado conformar o conjunto desses valores referenciais à idéia de justiça. Assim, toda tutela jurídica deve ser adequada para a realização da justiça.¹⁷⁸ É neste sentido que compreende-se o postulado de “uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça” a que se refere Ada Pellegrini Grinover,¹⁷⁹ apoiada no particular, por Kazuo Watanabe:¹⁸⁰

Tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais.¹⁸¹⁻¹⁸²

¹⁷⁷ Essa idéia constitui uma projeção da perspectiva garantista, há muito desenvolvida no Brasil, e que, agora, vem ganhando fôlego com a teoria esboçada por Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002).

¹⁷⁸ Não sei se o referencial justiça seria externo ao “jurídico” ou comporia de modo absoluto o paradigma jurídico. O fato, é que o direito não seria somente norma, mas norma justa. A norma injusta não teria amparo, nem no plano das situações substanciais nem no plano das situações processuais.

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias*, cit. p. 153-158.

¹⁸⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 27.

¹⁸¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 27.

A qualificação da tutela jurídica implica num efeito imediato consistente na diminuição da margem de liberdade que tem o legislador do direito processual no que tange a preordenação dos instrumentos processuais.¹⁸³ A razão da diminuição dessa liberdade do legislador ordinário é óbvia: o direito material exige uma tutela adequada por força de comando constitucional.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a dimensão constitucional do direito e da justiça exige técnicas e soluções específicas do direito processual adequadas às exigências próprias do direito material, como corrolário do princípio da supremacia constitucional.¹⁸⁴ Por óbvio, não se trata de aceitar a adoção de quaisquer técnicas ou soluções específicas do direito processual. As técnicas e soluções específicas do direito processual devem revestir-se da necessária aptidão para a realização do direito material. Noutras palavras, as técnicas e soluções próprias do direito processual devem produzir os resultados adequados às exigências do direito material. Assim, pode-se compreender a existência de um modelo processual constitucional dotado de todos os instrumentos processuais adequados para a realização dos direitos.¹⁸⁵

Por essa razão pode-se concluir pela existência de um princípio constitucional consistente na plenitude dos instrumentos processuais, vale dizer, se o modelo processual constitucional está dotado de todos os instrumentos, técnicas e soluções processuais adequadas à proteção efetiva do direito, não se aceita a permanência de instrumentos, técnicas e soluções processuais específicas inadequadas. Portanto,

¹⁸² Como fundamento dessa assertiva: Ada Pellegrini Grinover, *As garantias*, cit., p. 158; Kazuo, *Controle*, cit., p. 28-38.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA já advertia sobre o fenômeno da diminuição da liberdade do legislador processual no caso de promessa de tutela jurídica qualificada.

¹⁸⁴ Paulo Bonavides se refere ao princípio da supremacia constitucional, no sentido de que se encontra na Constituição todo o vértice do sistema normativo, fundamento de validade das demais normas, pois estabelece como a normatividade será produzida (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 553).

¹⁸⁵ A perspectiva da dimensão constitucional do direito e da justiça permitiu a Kazuo Watanabe afirmar, com inteira razão, que “Esse raciocínio é válido tanto no plano material, para se entender existente um direito

todos os pressupostos processuais teóricos que não são comprometidos com a efetividade da tutela dos direitos, ou, que de algum modo, represente entrave à efetividade da tutela dos direitos, restaram superados pelo modelo processual constitucional.¹⁸⁶⁻¹⁸⁷⁻¹⁸⁸

8. O princípio da fungibilidade da tutela de segurança

A tutela de segurança, por sua natureza, segue um regime especial que deve estar expresso no ordenamento jurídico. Na falta de um texto específico que o expresse, o regime especial da tutela de segurança deve ser construído a partir do ordenamento jurídico, à luz da Constituição. Esse fenômeno foi verificado durante o período em que se constatou a ausência de um modelo de tutela de segurança, em especial de natureza preventiva satisfativa, adequado no plano infra-constitucional. Foi o que ocorreu com a tutela de segurança que, fora as hipóteses específicas de cabimento, a exemplo do mandado de segurança (e em outros textos particulares), encontrou no processo cautelar a sua via de atuação, sob o pálio do manto da tutela cautelar.

A tutela cautelar passou a responder pelas formas de tutela de segurança tanto de natureza satisfativa quanto de natureza cautelar (tutela de simples segurança).¹⁸⁹

a ser tutelado, como no processual, para se concluir pela presença de instrumentos processuais adequadas à proteção efetiva do direito” (*Da cognição no processo civil*, p. 29).

¹⁸⁶ A questão da dimensão constitucional do processo já vinha sendo largamente investigada pela doutrina pátria, à luz do artigo 141, § 4º, da Constituição de 1946; art. 150, § 4º, da Constituição de 1967; e, art. 153, § 4º da Emenda Constitucional de 1969. Com muito maior razão essa temática desenvolveu-se à luz da Constituição de 1988, na qual o “acesso à ordem jurídica justa” restou positivado como garantia constitucional, com aplicação imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º.

¹⁸⁷ Para Kazuo: “Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes *no sistema se instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário*” (*Da cognição no processo civil*, p. 27). Em trabalho anterior, Kazuo Watanabe já havia exposto essa “função do mandado de segurança” (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 93-106).

¹⁸⁸ A questão da dimensão constitucional do direito e da justiça foi largamente abordada por alguns doutrinadores pátrios, seguindo o exemplo da matriz doutrinária italiana. Ada Pellegrini Grinover (*As garantias constitucionais do direito de ação*, p. 158).

Essa solução prática foi objeto de questionamento na medida em que a tutela cautelar caracteriza-se pela não-satisfatividade, enquanto que a tutela de segurança tanto pode ter natureza cautelar quanto natureza satisfativa.¹⁹⁰ Na medida em que o processo cautelar e a tutela cautelar passaram a responder pela tutela de segurança, em sentido amplo, exigiu-se o exame das soluções preconizadas pelo ordenamento jurídico pátrio no sentido da efetividade. Em especial, veja-se a construção das soluções consistentes na concessão, de ofício, da tutela cautelar,¹⁹¹ e a fungibilidade entre as medidas cautelares.¹⁹²

Com o advento da Constituição de 1988, houve um significativo impulso na Ciência Processual, a partir da previsão generosa de normas processuais no texto constitucional. No plano infra-constitucional, sem dúvida, a partir da Lei n. 8.952/94, que introduziu a tutela antecipatória no art. 273 do CPC, da qual pode ser extraído um fundamento da tutela específica, e a universalização da tutela na forma específica, tanto no caso da obrigação de fazer e de não-fazer, prevista de forma expressa no Art. 461, CPC, quanto da obrigação de restituição e de entrega de coisa, recentemente introduzida pela Lei n. 10.444/2002, no Art. 461-A, do CPC, restou solucionado o problema do socorro ao processo cautelar (art. 798, CPC) para obtenção de tutela de segurança satisfativa, cognominada, inadequadamente, de “cautelar satisfativa”. Portanto, sanada a omissão existente no ordenamento jurídico

¹⁸⁹ Marinoni refere-se a esse fenômeno como “emasculação da tutela cautelar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 86).

¹⁹⁰ Para Ovídio Baptista, o que se viu com a expansão das “cautelares satisfativas” foi a expansão do “processo cautelar” e não da “tutela cautelar” e reserva a locução “tutela cautelar” ou “tutela de simples segurança” àquela desprovida de qualquer laivo de satisfatividade (SILVA, Ovídio Baptista da. *Do processo cautelar*, p. 1).

¹⁹¹ Sobre a concessão de medidas cautelares de ofício, veja-se o disposto no art. 797, CPC, que como manifestação do poder geral de cautela, autoriza o juiz conceder medidas cautelares de ofício nos casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, requisitos alternativos, conforme melhor interpretação (nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 70; ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Medidas cautelares inominadas. *Revista Brasileira de Direito Processual*. V. 57, p. 41-42). A doutrina majoritária entende que os requisitos exigidos pelo art. 797 são cumulativos e não alternativos, como exposto retro.

¹⁹² Sobre a fungibilidade entre as medidas cautelares, considere-se o permissivo constante nos arts. 805 e 807, CPC, e ainda, o princípio da adequação.

positivo brasileiro, recolocaram-se as coisas em seus devidos lugares: instrumentos e técnicas adequadas para obtenção de tutela de segurança cautelar e tutela de segurança satisfativa.

No entanto, a tutela de segurança genérica, de natureza satisfativa, ainda não alcançou seu grau de aperfeiçoamento no plano do ordenamento jurídico positivo. Assim, a exemplo do que ocorria com o processo cautelar, o qual emprestava seu regime jurídico para a atuação da tutela de segurança satisfativa, ante sua universalização, o mesmo deve ocorrer para a construção do regime jurídico da tutela de segurança satisfativa genérica. Assim, o fenômeno da fungibilidade, próprio do sistema de tutela de segurança de natureza cautelar, deve servir subsidiariamente de regime para a tutela de segurança satisfativa. Por essa razão, compreende-se a existência do princípio da fungibilidade entre as tutelas em sentido estrito, e entre as tutelas em sentido amplo, informador da tutela de segurança satisfativa, nos mesmos moldes compreendidos no sistema da tutela de segurança cautelar.

Para corroborar esse entendimento, acrescente-se a inovação legislativa introduzida pela Lei n. 10.444/2002, ao prever no § 7º, do art. 273, CPC, a fungibilidade entre as tutelas de segurança cautelar e satisfativa. A adoção do princípio da fungibilidade, aqui, está em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico comprometido com a efetividade da tutela jurídica à luz do princípio da plenitude dos instrumentos processuais e flexibilização das técnicas processuais.

No entanto, esclareça-se, por oportuno, que a previsão contida no § 7º do artigo 273 CPC, introduzida pela Lei n. 10.444/2002, não deve servir de motivo para generalizar-se a regra a respeito da fungibilidade admitida entre a tutela de segurança cautelar e a tutela antecipatória. A rigor, não há fungibilidade, porque a tutela cautelar não tem a mesma função que a tutela antecipatória. A inexistência de fungibilidade decorre exatamente da ausência de identidade entre ambas, em especial, a identidade funcional. O permissivo legal deve ser compreendido no

sentido de amparar as situações em que sobejar dúvida quanto à tutela adequada: cautelar ou satisfativa.¹⁹³

Por fim, deve-se enfatizar que há um aspecto mais favorável ao regime da fungibilidade no sistema de tutela de segurança satisfativa genérica: a existência restrita da tutela de segurança típica reduz sensivelmente o problema consistente na possibilidade, ou não, de concessão, de ofício, de uma tutela de segurança satisfativa diferente da pleiteada pelo demandante. A rigor, para o que interessa neste trabalho, esse problema aparece mais de perto no que tange ao modelo de tutela de segurança satisfativa representado pelo mandado de segurança. No entanto, o modelo atípico de tutela de segurança adotado pelo sistema de mandado de segurança, afasta o problema da questão consistente na fungibilidade entre uma tutela de segurança satisfativa genérica e uma tutela de segurança satisfativa mediante mandado de segurança.

9. A tutela de segurança dos direitos fundamentais

Quando se afirma a aptidão do mandado de segurança para a tutela dos direitos fundamentais, o que se está afirmando, a rigor, é a necessidade de tutela de segurança dos direitos fundamentais. E essa tutela de segurança tanto é necessária sob a matriz satisfativa quanto sob a matriz cautelar. Porém, fundamentalmente, sob a matriz satisfativa.

O problema da tutela de segurança dos direitos fundamentais é recheado de inúmeras peculiaridades, umas próprias dessa classe de direitos; outras, próprias da

¹⁹³ Correto, neste sentido, o escólio de Luiz Guilherme Marinoni: “O § 7º do art. 273 não supõe a identidade entre a tutela cautelar e tutela antecipatória ou trata da possibilidade de toda e qualquer tutela cautelar poder ser requerida no processo de conhecimento. Tal norma, partindo do pressuposto de que, em alguns casos, pode haver confusão entre as tutelas cautelar e antecipatória, deseja apenas ressaltar a possibilidade de se conceder tutela urgente no processo de conhecimento nos casos em que houver dúvida fundada e razoável quanto à sua natureza (cautelar ou antecipatória)” (*A antecipação da tutela*, 7. ed. p. 154). Com isso, Marinoni ressalva o cabimento da fungibilidade do procedimento, em homenagem à efetividade da tutela jurídica, condicionando seu cabimento às hipóteses de atuação da fungibilidade recursal.

tutela de segurança. Porém, o mais importante é compreender que a tutela de segurança dos direitos fundamentais exige a compreensão de sua declaração de inviolabilidade, porque, é na perspectiva da declaração de inviolabilidade que se constata a opção pela tutela de segurança dos direitos declarados. Com isso, tem-se afastada, de forma clara, a validade de qualquer compreensão no sentido de que os direitos fundamentais estariam classificados entre as normas desprovidas de sanção. Ora, se os direitos fundamentais são direitos e contam com a declaração da sua inviolabilidade, ou seja, da tutela de segurança, impõe-se compreender que os direitos fundamentais também implicam processos sancionatórios, uma vez que o fato jurígeno desencadeador da sanção de segurança consiste no ilícito consistente na violação dos direitos fundamentais. A inviolabilidade dos direitos fundamentais implica numa sanção consistente na sua segurança na forma específica, na medida em que a declaração de inviolabilidade é a declaração de que os mesmos não podem ser expropriados e convertidos em pecúnia.

10. Tutela de segurança contra o Poder Público e tutela de segurança contra o Poder Privado: Poder Público e Poder Privado – uma breve reflexão sobre o problema da (des)regulação e os novos campos do poder contemporâneo numa perspectiva pós-moderna

10.1 Considerações gerais

Na medida em que a tutela de segurança é uma tutela do direito contra sua violação pelo exercício ilegítimo do poder, um ponto nodal consiste na identificação desse poder. Essa missão foi desincumbida pelo desenvolvimento da doutrina do mandado de segurança, sob a perspectiva da necessidade de contenção do arbítrio do poder público. O aspecto de atualidade dessa necessidade é indiscutível. No entanto, o campo de abrangência do problema relativo ao poder está muito mudado. Isso porque, a rigor, o problema que se põe, atualmente, justaposto ao da contenção do arbítrio do poder público é a necessidade de contenção, também, do poder privado.

Essa necessidade é bem apontada por André-Jean Arnaud:

Se tivéssemos de reunir em torno de algumas palavras- chaves as atuais interrogações dos colegas juristas, cientistas políticos e economistas, três delas logo revelariam as preocupações destes últimos: alteridade, complexidade e mundialização. Em outras palavras, os questionamentos primordiais que inquietam os pesquisadores dessas disciplinas têm a ver com a regulação sob diversos aspectos: eficácia da regulação tradicional pela via do direito; validade de outras formas de regulação social; concepção da desregulamentação como apelo indireto a um outro direito apto a dominar a *complexificação* das relações sociais assim como a *mundialização* dessas relações que trouxeram perturbações nas respostas clássicas a esses problemas.¹⁹⁴

Assim, um questionamento sobre o aspecto da eficácia da regulação tradicional pela via do direito e validade de outras formas de regulação social, implicam no campo de deslocamento do poder público para o poder privado. Por outro lado, a concepção da desregulamentação, como apelo indireto a um outro direito apto a dominar a *complexificação* das relações sociais, dá a dimensão das consequências desse deslocamento. O problema decorrente da desregulamentação está em que, seu significado não é “menos direito, mas um outro direito”.¹⁹⁵ Daí, conclui André-Jean Arnaud:

A partir daí poderiam ser compreendidos os fenômenos que afetam as fontes tradicionais do direito, e que vários observadores identificam. No que diz respeito à alteração dessas fontes tradicionais do direito, constata-se, em primeiro lugar, “o aparecimento de um direito “de textura aberta” com o deslocamento dessas fontes para os poderes privados, e a tomada em consideração de ‘valores’ do sistema econômico ou técnico-científico.”¹⁹⁶

E mais:

Eles percebem também o crescente papel das fontes ‘soft’ do direito (cartas, códigos de bom comportamento, etc.) que, ao adquirir força

¹⁹⁴ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 151.

¹⁹⁵ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 151.

¹⁹⁶ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 152.

coercitiva, viriam a se tornar ‘hard’ [...] Eles evocam [...] um recuo do Estado visível através do desenvolvimento da normalização e da certificação, mas com uma contrapartida, a da associação do setor privado com os poderes públicos na produção do direito.¹⁹⁷

Desses fenômenos que afetam as fontes tradicionais do direito, “decorrem duas problemáticas fundamentais: a primeira, diz respeito à validade contemporânea dos postulados fundadores da regulação pelo direito; a segunda, ao impacto e os efeitos da mundialização dos intercâmbios sobre a regulação jurídica”. Para André-Jean Arnaud, “As duas problemáticas estão de tal forma intimamente ligadas que seria artificial dissociá-las, nem que fosse pela necessidade da análise. Além disso, cada uma é atravessada pelos três conceitos chaves que destacamos anteriormente e que se mostram preciosos fios condutores para a compreensão desses fenômenos”.

No dizer de André-Jean Arnaud, essas duas problemáticas impõem muitas questões fundamentais as quais fazem pouco dos territórios disciplinares tradicionais. Isso porque, essas questões fundamentais “dizem respeito, essencialmente, de um lado às relações contemporâneas entre poder, direito e conhecimento.” De outro lado: “É preciso também reservar um espaço importante para o problema da articulação da regulação pelo direito do Estado com outras formas de regulação jurídica, notadamente aquelas que são colocadas em destaque pelos estudos sócio-jurídicos e políticos recentes sobre o pluralismo jurídico”. Em terceiro lugar: “É preciso igualmente dedicar atenção particular às formas de se considerar a crescente perplexidade das interações que se tecem no âmbito da regulação pelo direito, como na dialética entre regulação pelo direito e outras formas de regulação estranhas à intervenção do direito do Estado.”¹⁹⁸

¹⁹⁷ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 152.

¹⁹⁸ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização* p. 152.

10.2 Um breve olhar sobre os novos campos do poder contemporâneo na perspectiva do direito num mundo de transição para a pós-modernidade

A temática do direito num mundo em trânsito para a pós-modernidade impõe-se diante de dois fatos: o primeiro fato consiste no fenômeno da globalização; o segundo fato, consiste na pós-modernidade.

A globalização¹⁹⁹ é um fenômeno caracterizado pela reorganização econômica do modelo capitalista,²⁰⁰ o qual estava organizado sob a forma de uma economia *internacional*,²⁰¹ onde o fluxo comercial, de investimentos, de idéias e pessoas apresentava-se integrado, na forma de organização econômica centrada no Estado-nação,²⁰² no qual encontrava-se o mercado nacional, delimitado nos limites territoriais do Estado. As transformações tecnológicas, em especial na área de comunicações, representadas pelo fenômeno denominado “terceira revolução industrial”, permitiu a superação dos limites territoriais do estado-nação, com a

¹⁹⁹ Referindo-se ao termo “globalização” afirma Arnaud: “Este termo permite, aliás, evitar muitas outras confusões. A globalização contemporânea, com efeito, distingue-se também de outros tipos de fenômenos que seríamos tentados de considerar próximo dos precedentes, mas que são mais bem representados pelas palavras construídas com o radical internacional” (ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*, p. 7).

²⁰⁰ Com base em Pierre Rosanvallon (*La crise de L'État-providence*, Paris, Le Seuil, 1981, p. 30), afirma: “[...] os cientistas políticos analisaram a crise contemporânea do Estado-do-bem-estar – que se seguiu ao processo de globalização das trocas – como um testemunho do fato da “reorganização econômica na fase atual do capitalismo, ajudada pelas transformações técnicas e tecnológicas, ser concomitante com as mudanças da função dos Estados” (ARNAUD. *Direito entre Modernidade e Globalização*, p. 199).

²⁰¹ Sebastião C. Velasco e Cruz afirma que: “Até algum tempo atrás, o capitalismo organizava-se sob a forma de uma economia *inter-nacional*. *Inter*, porque integrada, estreitamente interligada por fluxos volumosos de comércio e de investimentos, pela ampla circulação de indivíduos e de idéias, pela difusão permanente de formas organizacionais e novas maneiras de produzir. *Nacional*, porque neste sistema a unidade básica continuava sendo o mercado interno de cada país. Espaços institucionalmente diferenciados com fronteiras bem defendidas, as economias nacionais constituíam o foco de atenção das empresas (mesmo das multinacionais) e o palco onde o jogo de rivalidades entre elas se desenvolvia” (CRUZ, Sebastião C. Velasco. *Globalização, neoliberalismo e o papel do Estado*. Disponível em: <http://www.politica.pro.br/biblio.htm>. Acesso: 07.12.00).

²⁰² Arnaud esclarece que: “A palavra ‘internacionalização’ seria, aliás, um termo mais familiar para os juristas do que o termo ‘globalização’, ou até mesmo ‘mundialização’. Entretanto, quando se diz que o comércio é hoje em dia ‘internacionalizado’, a expressão faz referência a toda uma rede de noções cujo núcleo é a idéia de ‘nação’. ‘Internacional’ [com o prefixo ‘inter’ e o radical ‘nação’] supõe a existência de relações necessárias entre nações – idéia que precisamente a globalização desafia. ‘Internacional’ não é global” (ARNAUD, André-Jean. *Direito entre Modernidade e Globalização*, p. 7).

conseqüente globalização das trocas. Os “mercados nacionais” deixaram de ser o foco da organização econômica capitalista. Essa reorganização econômica capitalista, agora sob a forma global de trocas, produziram conseqüências diretas sobre as funções do estado. As conseqüências diretas e indiretas da globalização sobre as funções do estado, implicaram numa “crise contemporânea do Estado-do-bem-estar”. Essa crise tem conseqüências diretas importantes sobre todos os setores da vida jurídica e dos ramos do direito, portanto, também sobre o direito constitucional.²⁰³

A análise das conseqüências da globalização sobre o direito devem ser feitas considerando um outro fenômeno coincidente com a globalização. Trata-se do fenômeno caracterizado pela crise do paradigma da modernidade, o qual deixou de dar respostas operacionais satisfatórias às transformações sociais ocorridas no pós-guerra. A crise da modernidade abriu espaço para a busca de um paradigma que o substituísse. O novo paradigma tem sido denominado pós-modernidade.²⁰⁴

Assim, a análise do direito, nesse mundo em trânsito para a pós-modernidade, deve considerar tanto a globalização quanto o fenômeno da pós-modernidade. Essa análise impõe-se pelo fato de que “globalização e pós-modernismo pretendem ambos substituir os parâmetros da modernidade por seus próprios paradigmas”.²⁰⁵ Portanto, o primeiro problema que se põe é o da busca da via de acesso adequada à caracterização de um direito do futuro, ou mesmo de um pensamento jurídico pós-moderno ou um direito pós-moderno.

²⁰³ Neste sentido: ARNAUD, André-Jean. *Direito entre Modernidade e Globalização*, p. 198.

²⁰⁴ Conforme adverte Arnaud: “O paradigma “moderno” é hoje questionado. Não os seus frutos. E é isto que torna as coisas mais sutis e complexas. Não cabe, de fato, se ater a uma inversão dos conceitos fundamentais do “modernismo” para definir uma abordagem pós-moderna. Caberia, antes, concretizar a superação do paradigma da modernidade, a fim de evitar “jogar fora o neném juntamente com a água do banho.” (ARNAUD, André-Jean. *Direito entre Modernidade e Globalização*, p. 203).

²⁰⁵ ARNAUD, André-Jean. *Direito entre Modernidade e Globalização*. Introdução, s/p.

10.2.1 O problema da abordagem pós-moderna em direito

A reflexão sobre o direito num mundo em trânsito para a pós-modernidade implica na análise da interligação existente entre o direito, a globalização e a pós-modernidade. Para André-Jean Arnaud,²⁰⁶ a perspectiva do direito permite constatar que há íntima relação entre os problemas suscitados pela globalização e pela pós-modernidade. Portanto, a reflexão sobre o direito num mundo em trânsito para a pós-modernidade, à luz do fenômeno da globalização, implica na busca de “vias de acesso a um direito que responda às necessidades do futuro”, o que tem sido empreendido por teóricos e sociólogos do direito desde o final dos anos 50.²⁰⁷ Nessa busca da via adequada, deve ser considerado que o fato da reorganização econômica do capitalismo tem sido objeto de análise sob a perspectiva do fenômeno da globalização, a qual é objeto da preferência de economistas e cientistas políticos. Já o pós-modernismo é assunto da preferência de filósofos e sociólogos. Portanto, impõe-se a análise das vias de acesso ao direito pós-moderno já trilhadas pelos pensadores.

10.2.2 As vias de acesso ao direito pós-moderno

Arnaud anota que a abordagem pós-moderna em direito deve expressar-se no plural, onde distinguem-se três vias de acesso: 1) a da filosofia; 2) a dos cientistas políticos; e, 3) a dos postulados dos fundadores da concepção ocidental de direito em confronto com as descobertas dos pesquisadores em ciências sociais.

A compreensão pós-moderna do direito, segundo Arnaud,²⁰⁸ deve tributo aos filósofos franceses Michel Foucault, Jean François Lyotard, Jean Baudrillard e Jacques

²⁰⁶ ARNAUD, André-Jean. *Direito entre Modernidade e Globalização*, p.196.

²⁰⁷ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 196.

²⁰⁸ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p.198.

Derrida, cujos trabalhos pautaram-se pela “perspectiva fundamentada essencialmente sobre as idéias de ‘desconstrução’, de ‘vertigem’, ‘de morte do homem’”, os quais permitiram compreender que “o ataque dirigido contra os direitos do homem corresponde, na realidade, a uma desconstrução do universal com o que o pensamento moderno havia caracterizado o homem: ‘A Lei, com L maiúsculo, a Razão, com R maiúsculo, o Homem, com H maiúsculo, formam uma Trindade defunta”. O processo de globalização das trocas determinou mudanças nas funções do Estado e precipitou a crise do Estado-do-bem-estar, com as conseqüências que se seguiram para todos os setores do direito. Essa crise do estado foi objeto de análise por cientistas políticos à luz do processo de globalização, permitindo, também sob este aspecto, a compreensão pós-moderna do direito.

Uma outra via de acesso ao pensamento jurídico pós-moderno, segundo Arnaud,²⁰⁹ é a trilhada por alguns sociólogos e antropólogos juristas, caracterizada pela imposição de renovação de conceitos, tais como: “interlegalidade”, de “metodologia transgressora”, de “novo sentido comum jurídico”, de “conversão regulatória”, de “identidade fragmentada”, de “condição translocal”. Nessa via de acesso, os pesquisadores propuseram uma “ruptura com a tradição da sociologia jurídica clássica” e advogaram “um paradigma da pós-modernidade”, onde são enfatizados o “enfraquecimento do estado”, o “retorno da sociedade civil”, a “atenção dada aos movimentos sociais”, a “necessidade de pensar o direito para além da dicotomia Estado/Sociedade civil”, com insistência na “relação dialética necessária entre o pensamento e a prática” e a “rejeição sistemática às categorias disciplinares tradicionais”. Para Arnaud, as características dessa trilha de acesso à pós-modernidade coincide com os traços específicos da globalização. Nos trilhos dessa via de acesso, constata-se trabalhos calcados em “formas alternativas e informais do direito e de solução de conflitos”, com os quais contribuiu-se para o

²⁰⁹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 200-201.

“desenvolvimento do conceito de pós-modernidade”.²¹⁰ Arnaud observa que o “qualificativo ‘pós-moderno’ – nessa via de acesso -, permite insistir sobre a importância atribuída ao espaço e a particularização dos espaços, designar o que diz respeito à pluralidade jurídica, à fragmentação e à transgressão”. Já nessa via de acesso, permite-se a compreensão de um direito pós-moderno, ou seja, de um “direito futuro caracterizado pelo fim do monopólio da legalidade, pela marcha na direção de um novo minimalismo, traduzido por micro-revoluções e por um neo-ludismo”.²¹¹

A terceira via de acesso, segundo Arnaud,²¹² “consiste em tomar como ponto de partida a análise dos postulados fundadores da concepção ocidental do direito, do Estado e da Justiça e de confrontá-los com as descobertas dos pesquisadores em ciências sociais, antropólogos e cientistas políticos”. Nessa via de acesso, onde a contribuição dos estudos históricos permitem aprofundar a corrente de pesquisa, o “pós-modernismo aparece como o que vem ‘depois’ do modernismo”. O ponto nodal do exame passa a ser as “relações do pós-modernismo com a filosofia neoliberal subjacente à globalização”.²¹³

O próprio Arnaud propõe uma via de acesso ao direito pós-moderno. E o faz a partir da perspectiva da “globalização”, propondo um “melhor conhecimento”, a fim de permitir “enganjar em uma terceira via”. A proposta de Arnaud afigura-se alvissareira na medida em que procura uma “terceira via” que permita uma “atitude construtiva”, cuja matéria básica a ser examinada é a “globalização”, como paradigma que concorre com a pós-modernidade como paradigma substituto da modernidade. Arnaud assume posição otimista diante do fenômeno da globalização, no qual vê mesmo a possibilidade de tirar “vantagens”. Após submeter à análise o

²¹⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 200-201.

²¹¹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p.201.

²¹² ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 200.

²¹³ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 201.

fenômeno da globalização,²¹⁴ Arnaud procura desenvolver seu estudo tendo por objeto o fenômeno da “Globalização ao pós-modernismo em direito”.²¹⁵ Nessa via de acesso ao direito pós-moderno, Arnaud²¹⁶ trabalha com três teses: a) “a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação da dialética do paradigma “moderno” fundado sobre um feixe de conceitos englobando *abstração* e *axiomatização* do direito, *subjetivismo*, *simplicidade* e *segurança* das relações jurídicas, *separação* da sociedade civil e do Estado, *universalismo* e *unidade* da razão jurídica”; b) a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça – denunciada de forma permanente e em vão desde quase meio século – bem poderia ter como causa um esgotamento das raízes de nossas instituições, insuficientemente alimentadas pelo solo enfraquecido no qual elas procuram, no entanto, ainda se expandirem, isto é, o do pensamento jurídico ocidental “moderno”; e, c) a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno”.

Arnaud enfrenta a questão da pós-modernidade a partir dos conceitos fundamentais desse paradigma, os quais apresentam-se como “signos contrários” ou “imagem inversa do produto dos oito signos” do paradigma moderno. Assim, a pós-modernidade, para Arnaud,²¹⁷ tem apresentado os seguintes conceitos: *pragmatismo* (em substituição à abstração); *descentramento do sujeito* (em substituição ao subjetivismo); *relativismo* (em substituição ao universalismo); *pluralidade de racionalidades* (em substituição à unidade da razão); *lógicas esticalhadas* (em substituição à axiomatização); *complexidade* (em substituição à simplicidade); *retorno da sociedade civil* (em substituição à separação do Estado e da sociedade civil); *risco* (em substituição à segurança).

²¹⁴ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 1-193.

²¹⁵ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 195-234.

²¹⁶ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 201-202.

²¹⁷ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 202.

O ponto nodal da questão, para Arnaud,²¹⁸ está no esgotamento do “pensamento jurídico ocidental moderno”, o qual está fundamentado no “*universalismo*, e sua reivindicação de *monocentricidade* e de sua aspiração à *simplicidade* absoluta”, razão pela qual “é a partir desta tradição que foram formadas as mentalidades de todos os atores presentes neste debate, juristas e cidadãos”, com a conseqüência, grave, de encontrarem-se “praticamente banidas do vocabulário contemporâneo dos juristas” os “termos como relativismo, pluralismo, alternativa, flexibilidade, complexidade, regulação”, cujo banimento deve-se à “existência de vestígios tenazes da impregnação dos espíritos pela filosofia ‘moderna’ do Estado e do Direito”. Esclarece Arnaud²¹⁹ que o “pós-modernismo em direito não é um movimento ligado a uma atitude política reacionária; falar de direito pós-moderno no sentido em que o entendemos, é convidar a reconhecer que as raízes ‘modernas’ da concepção do Estado e do direito sobre as quais nós ainda vivemos, estão bem mortas, e que é tempo de passar a uma redefinição das raízes filosóficas susceptíveis de permitir instaurar uma regulação pertinente de nossas sociedades contemporâneas”. E conclui:

“A própria concepção do que é o direito está mudando, e nós aprendemos pouco a pouco a discernir papéis que nada nos garante que eles foram programados de uma vez por todas. [...] O direito do futuro, que será um direito pós-moderno, enriquecer-se-á ao integrar as lições do relativismo e do pluralismo; tornar-se-á provavelmente mais leve, ao ceder uma parte de sua tarefa a outros tipos de regulação; e ele, sem dúvida, também se tornará mais complexo. Essa transformação estrutural nos leva a repensar o direito não apenas em termos de programação, mas, de modo mais amplo, em termos de tempo. Se a própria concepção da regra de direito se modifica, isto se fará pela reinserção do presente jurídico na ordem do tempo: entre um passado que se torna realmente passado, e um futuro de que se admite que ele possa ser não-definido, não garantido, cheio de *risco*. Neste sentido, dever-se-ia falar até mesmo de uma pluralidade de futuros, se habituar à idéia de uma aceitação de crises de rupturas que são susceptíveis de se produzirem fora da doce segurança de um direito ‘moderno’ do qual a história recente

²¹⁸ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 204.

²¹⁹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 204.

mostrou que a programação pretensamente universal e atemporal era largamente fictícia.”²²⁰

10.2.3 Característica da pós-modernidade em direito: preocupação de superação do paradigma “moderno”

A crise do direito, a crise do Estado-de-bem-estar-social, e outras crises que se tem constatado, decorre de fatos que entre si tem íntima relação. Dois deles, apontados por Juan Ramón Capella, colocam em pauta a questão das crises: o primeiro, o modo de produção; o segundo, o modo de apropriação dos meios de produção. Assim, o Estado-de-bem-estar ou estado social é resultante direto da necessidade de implementação das *políticas jurídicas* inerentes à *lógica das políticas keynesianas*,²²¹ com o compromisso político-social do estado intervencionista. Conforme anota Capella,²²² no modelo keynesiano, o Estado assume funções

²²⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 220-221.

²²¹ Segundo o qual: “La dos características principales de las políticas keynesianas son las de ser expansivas o de crecimiento en el plano económico y distributivas en el plano social.” Em seguida, esclarece: “El pacto social keynesiano puede entenderse con un gran compromiso entre clases sociales cuyas principales ‘cláusulas’ se articulan como sigue: Las clases poseedoras aceptaron políticas económicas tendientes a crear una situación de pleno empleo, dejando de lado – ahora sabemos que sólo temporalmente – su temor a no disponer del importante medio de disciplinamiento de los trabajadores que supone a amenaza de desempleo. [...] Las clases poseedoras aceptaron la redistribución por medio de la acción del estado de una parte del producto social al objeto de conseguir la paz social y, por consiguiente, regularidad en la producción y garantías de recuperación de las inversiones. [...] “Las clases poseedoras exigían en cambio, en el pacto keynesiano, el reconocimiento de la intangibilidad de los fundamentos de la producción capitalista, esto es, la propiedad privada de los medios de producción, que lleva aparejada, sobre todo, la autonomía del empresariado en la toma de decisiones económico-productivas y organizativas. (La propiedad privada se configura económicamente como un derecho de exclusión.) (CAPELLA. Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 182).

²²² As funções essencialmente econômicas, segundo Capella, consistem na administração do ciclo econômico – e das crises – mediante políticas orçamentárias e monetárias, fixação de preços e controle da produção, de modo coercitivo ou através de políticas de subvenções, realização de uma planificação econômica indicativa, socialização dos custos da inovação tecnológica, socialização dos riscos das empresas. Já as funções assistenciais ou sócio-econômicas consistem na satisfação das necessidades sanitárias da população ativa, em primeiro lugar, e secundariamente da população em geral, estabelecimento e garantia de um sistema público de seguros sociais e pensões; manutenção de um aparato educativo que garantisse a formação mínima indispensável à força de trabalho, de um lado, e, de outro, à reprodução continuada do saber científico e tecnológico necessário ao sistema produtivo;

essencialmente econômicas e funções assistenciais ou sócio-econômicas. As funções essencialmente econômicas, assumidas pelo Estado, tinham por finalidade *suscitar demanda*, já que as empresas, paralisadas, não eram capazes de modificar a situação decorrente da crise iniciada com o *crash* de 1929.

O modelo keynesiano proporcionou as condições necessárias para “a acumulação de recursos e de capacidade produtiva alcançada graças ao Estado”. E mais: ao final do período keynesiano, “as grandes firmas se haviam convertido em multinacionais imensas e muitas outras iam seguir imediatamente pelo mesmo caminho”.²²³ Nesse novo quadro, Juan Ramón Capella aponta a consequência principal do sucesso alcançado pela implementação do modelo keynesiano: o empresariado já não mais necessitava das políticas keynesianas e se achavam em condições de desvencilharem-se delas e de esvaziar as posições arduamente conquistadas pelas classes trabalhadoras. Eis, pois, a razão da crise do direito e do Estado-de-bem-estar.²²⁴

10.2.4 Limitações externas e superiores em certos âmbitos de atuação dos poderes estatais

A problemática do poder estatal deve ser vista à luz do que se denomina “poder contemporâneo”.²²⁵ Para tanto, impõe-se analisar o poder estatal, em sua feição até

manutenção de instituições de pesquisas básica ou aplicada que atendam às necessidades de adaptação tecno-científica dos agentes econômicos. CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 189-190,

²²³ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 187.

²²⁴ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 187.

²²⁵ Juan Ramón Capella entende ser inevitável iniciar a reflexão sobre o poder contemporâneo com uma observação de tipo metodológico: “Hasta ahora la acción del poder político podía ser tratada segundo a metáfora física de las *causas*. A condición de introducir cada vez más complejidad – dada la naturaleza socializada do poder no estado moderno, funcionalmente “dividido” entre instituciones pluripersonales distintas -, podía afirmar-se verosimilmente que ciertos hechos sociales eran *causados* por el poder. La eficacia cognitiva de la metáfora de *un* poder (político) *agente*, de una fuerza *causal* puesta en movimiento por *voluntad* de esse agente, se daba por supuesta, e incluso no es infrecuente hallar en discurso político metáforas derivadas – com las de *la correlación de fuerzas políticas, el cuadrado de*

então visualizada e contrastá-lo com o “poder contemporâneo”, a fim de delinear a problemática do poder estatal contemporâneo. A análise do poder estatal contemporâneo se impõe na medida em que se constata uma *grande transformação*.²²⁶

No âmbito do direito constitucional, a problemática do poder estatal está projetada no poder político. Conforme anota Capella,²²⁷ “até agora a ação do poder político podia ser tratada segundo a metáfora física das causas”, onde o “poder político” podia ser visualizado como “uma força *causal* posta em movimento pela *vontade* desse agente”. Essa perspectiva permitia a visualização do poder político a partir da existência de um *agente causal único*. Essa concepção de poder político, centrado em um *agente único*, já não corresponde à realidade do “poder contemporâneo”. Na perspectiva do “poder contemporâneo”, mantida na retentiva a “idéia de determinação da vida social por entidades dotadas de poder”, exige-se uma “metáfora mais complexa”²²⁸ para a identificação do *agente causal* da determinação da vida social. Essa metáfora mais complexa se impõe, porque, a rigor, as determinações da vida social não decorrem de um *agente único*, mas apresentam-se como resultantes de “determinações inter-relacionadas”. Portanto, a idéia central do “poder contemporâneo” exige a compreensão da existência de uma pluralidade de *agentes causais*, onde as determinações da vida social são resultantes da inter-relação desses agentes. Na busca da identificação concreta dos *agentes causais* determinantes da vida social, constata-se a presença de agentes que tradicionalmente pertenceriam à *esfera privada*, de um lado, e, de outro lado, o *Estado*, tradicionalmente tratado como

fuerzas, la distancia política, etc. –, inserta en mesmo horizontes de referencias de tipo causal tomado de la física clásica” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 257).

²²⁶ A expressão *grande transformação* é tomada do título do livro *La gran transformación* (1944) de autoria de K. Polanyi, trad. cst. J. Varela y F Álvares Uría, La Piqueta Madrid, 1989. E, segundo Capella: “Componen la *gran transformación* dos macrofeómenos estrechamente interdependientes entre sí: una mundialización (“desigual” ou “deforme”) das relaciones sociales, y una nueva revolución industrial: la tercera” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 239).

²²⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 257.

²²⁸ Para recorrer à linguagem utilizada por Juan Ramón Capella (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 257).

o *agente causal único*. A presença de agentes pertencentes à esfera privada, no campo de poder contemporâneo, implica numa profunda alteração na estrutura do poder político contemporâneo. Na nova estrutura do poder contemporâneo, o poder político deixa de estar concentrado no Estado e se apresenta diluído entre o Estado e os agentes da esfera privada. Uma das conseqüências da profunda alteração na estrutura do poder político é que o poder contemporâneo apresenta-se melhor representado como um *campo de forças*, segundo a concepção da física moderna,²²⁹ composto pelo Estado e pelos *agentes da esfera privada*, onde a ambos é reconhecida a “capacidade de decidir e de impor imperativamente suas decisões aos destinatários”, ou seja, reconhece-se a ambos a pertinência do poder político.

Juan Ramón Capella vê nesse novo campo de poder contemporâneo, onde ocorre a inter-relação entre os *agentes causais*, a identificação de dois agentes: de um lado, o *Estado*, cuja existência ainda se faz necessária,²³⁰ mas no quadro de uma profunda reconfiguração estrutural e funcional, já que o mesmo não mais concentra em si o poder político; de outro, o agente pertencente à esfera privada, a quem é reconhecida a capacidade de decidir e de impor as suas decisões, independentemente ou mesmo contra a vontade do destinatário. Portanto, o agente da esfera privada está

²²⁹ A expressão e respectiva explicação é de Juan Ramón Capella (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 257).

²³⁰ A necessidade de existência do Estado é exposta por Jürgen Habermas: “O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Neste ponto surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de “garantir” seu poder de comando.” E, prossegue: “Em síntese: o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Ais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*, v. I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 170-171).

dotado de poder político. A identificação destes dois agentes causais no âmbito do poder contemporâneo exige a análise das características de cada um, decorrentes da composição desse novo campo de poder bipolar.

10.2.5 A esfera privada dotada de poder político: a *soberania privada*

A presença do agente da esfera privada como agente causal, no novo campo do poder contemporâneo, implica na análise de sua equiparação a um soberano. Para Juan Ramón Capella, o problema se põe na “diferenciação das estruturas do poder” suscitada na passagem do feudalismo para o capitalismo como modo de produção dominante. No modelo capitalista, o poder, que antes era *indiferenciado*, dividiu-se em duas esferas distintas: de um lado, o poder político estatal, pertencente à esfera pública; de outro lado, o poder econômico, pertencente à esfera privada. Anota Capella²³¹ que o “poder econômico apresentou-se como irrelevante *politicamente*”, já que “se distribuía entre a multidão de agentes concorrentes (capitais, empresas). Este quadro próprio da modernidade, permitiu o trato teórico da soberania na esfera pública, numa espécie de *encapsulamento*, cujo discurso teórico servia para o encobrimento da realidade fática, já que, na perspectiva do poder, não era exagerada a desconfiança de que a soberania não restasse, de fato, encapsulada na esfera pública.”²³²

A irrelevância atribuída ao poder econômico reservado à esfera privada era decorrência direta do fato da dupla dispersão em que se via distribuído o poder econômico, cuja consequência consistia na manutenção de dois degraus entre este e o poder político: o primeiro degrau decorria do fato da ausência do fenômeno de concentração do poder econômico. O fato de que o poder econômico estava

²³¹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 259.

²³² Segundo Capella: “La soberanía quedó teóricamente encapsulada en la esfera pública.” Em seguida, aduz: “Este encapsulamiento – siempre más discursivo que real, que expresivo de hechos reales – es lo que, manifestamente, há roto la gran transformación de nuestros días” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 259).

distribuído entre uma multidão de agentes econômicos (capitais, empresas) impunha um degrau entre o poder econômico e o poder político; o segundo degrau decorria do fato de que os Estados, a quem restava teoricamente reservado o poder político, eram organizados a partir da limitação territorial. Assim, o poder econômico encontrava nos limites territoriais do Estado um forte obstáculo à concentração do seu poder. Logo, a fragmentação do poder econômico e os limites territoriais dos Estados funcionavam como obstáculos ao acesso ao poder político pelos agentes da esfera privada.

10.2.6 A grande transformação: a constituição de um poder estratégico conjunto dos agentes da esfera privada – a soberania privada supraestatal e a soberania difusa

A capacidade de ação, associação e de afinação dos agentes da esfera privada permitiu a formação de uma *vontade comum* numa comunicação não coagida, cujo resultado consistiu no fenômeno da concentração do poder econômico, reproduzindo o fenômeno básico do poder, na concepção de Hanna Arendt,²³³ para quem: “O poder nasce da capacidade humana de agir ou de fazer algo, de se associar com outros e de agir em afinação com eles”.²³⁴ Essa capacidade de ação, associação e afinação conquistada pelos agentes da esfera privada, em especial pelo conjunto das grandes companhias transnacionais e pelos conglomerados financeiros, superou o obstáculo representado pelo degrau da dispersão do poder econômico e constituiu um *poder privado*²³⁵ que não se continha mais na esfera privada. E mais: o novo poder privado superava o obstáculo representado pelos limites territoriais dos estados. Assim, o fenômeno da *grande transformação* proporcionou alteração profunda na estrutura do

²³³ ARENDT, Hanna. *Macht und Gewalt*, Munique, 1970, p. 45. *Apud* Jürgen Habermas. *Direito e Democracia*, p. 187.

²³⁴ ARENDT, Hanna. *Macht und Gewalt*, Munique, 1970, p. 45. *Apud* Jürgen Habermas. *Direito e Democracia*, p. 187.

²³⁵ O resultado capacidade de ação, associação e afinação resultou no soberano privado supraestatal o que “é constituído pelo poder estratégico conjunto das grandes companhias transnacionais e pelos conglomerados financeiros”.

poder, com a superação dos obstáculos teóricos que sustentavam a diferenciação entre poder político estatal e poder econômico.

A consequência da alteração na estrutura do poder é a de que o poder privado dotou-se da capacidade de decidir e de impor suas decisões, inclusive com efeitos de natureza pública, mediante a determinação de *políticas estatais*.²³⁶ Essa profunda alteração na estrutura do poder esvaziou o significado substancial do esquema explicativo da “teoria política tradicional”, na medida em que os agentes da esfera privada estavam dotados de poder político, podendo-se falar em uma *soberania privada*.²³⁷

No quadro do novo poder contemporâneo, o soberano privado tem como destinatários de suas decisões tanto os agentes econômicos transnacionais quanto os próprios Estados. Aos Estados são destinadas determinações de políticas estatais. Esse novo soberano não conhece os limites territoriais do Estado-nação, razão pela qual reveste-se da característica de um agente causal supraestatal. Assim, o agente causal compreendido no novo campo de poder contemporâneo pode ser identificado como um *soberano privado supraestatal*.

Esse novo poder “não está concentrado somente em umas mãos ou em uma sede determinada”,²³⁸ razão pela qual assume característica de um *poder difuso*. Assim, o agente causal compreendido no novo campo de poder contemporâneo pode ser identificado como um *soberano privado supraestatal difuso*.

²³⁶ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 261.

²³⁷ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 261.

²³⁸ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 261.

10.3 O Problema constitucional à luz das diretrizes políticas e os direitos estatais determinados pela nova *lex mercatoria*

O Direito Constitucional pode ser analisado à luz do fenômeno consistente na nova *lex mercatoria*, já o fenômeno consistente na nova *lex mercatoria* pode ser analisado, em si, através de duas manifestações ocorrentes no direito contemporâneo: 1) a construção, pelos grandes agentes econômicos, em caráter privado, da nova *lex mercatoria*, que rege suas relações a nível metaestatal; e, 2) a determinação, pelos mesmos grandes agentes econômicos, através da *lex mercatoria*, das diretrizes políticas e dos direitos estatais.²³⁹⁻²⁴⁰

O reflexo da *lex mercatoria* no plano constitucional é inegável. Esse reflexo impõe análise sob o ponto de vista do fundamento do direito constitucional, na medida em que, a rigor, a nova *lex mercatoria* funciona como *condicionante* ou *imperativo categórico* da ordem constitucional. A função da *lex mercatoria* como imperativo categórico da ordem constitucional, redesenha, de modo absoluto, o

²³⁹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 272.

²⁴⁰ Voltando à globalização e “Estado mínimo”, observamos, quanto ao jurídico, a criação de duas novas esferas de Poder jurídico, a supranacional, onde organizações ou blocos de nações decidem pelos Estados (UE, OEA, ONU, FMI, etc.), e a paraestatal, o Direito à margem do Estado, que é gênero de duas espécies, a do Direito das grandes e globalizadas corporações, e a do Direito dos Movimentos Sociais. A classificação dada é nossa, embora em livros assemelhadas possam ser encontradas. As grandes e globalizadas corporações tem um desajuste de *timing* quanto à resolução de conflitos. O Estado é muito lento. Os negócios são muito rápidos. Daí o grande número de acordos que são lavrados em conflitos, sem a interferência da Justiça. Decorre, também, daí o interesse das corporações em minimizar o Estado, para que elas mesmas possam legislar. Já o Direito dos movimentos sociais será tratado mais detalhadamente adiante. Movimentos sociais, utilizamos aqui as palavras de Wilson Ramos Filho (Direito e Neoliberalismo), são as ‘forças vivas da sociedade’, os ‘atores sociais’, as ‘forças sociais’, etc. Wilson utiliza o gênero instituições, separando-o em três espécies: Corporações (e assemelhados), Movimentos Sociais Tradicionais (partidos, sindicatos, etc.) e Novos Movimentos Sociais (ONGs, excluídos, etc.). Como foi dito, utilizamos o critério do parágrafo anterior, no qual dividimos, então, Movimentos Sociais em dois: Tradicionais e Novos. Como já visto, também, um caracterizava-se, basicamente, pela denúncia, e o outro, os Novos, pela ação. Não se pode deixar de dizer que os Movimentos Sociais assumem um grande protagonismo nos dias atuais. Na verdade, na última semana, não se falou em outra coisa senão em movimentos sociais. Sejam Novos, sejam Tradicionais.

problema do fundamento da constituição e da própria função da constituição, com implicação direta no conceito e formatação do Estado.

10.3.1 O Estado necessário

A necessidade de existência do Estado é exposta por Jürgen Habermas:

O direito a iguais liberdades subjetivas de ação concretiza-se nos direitos fundamentais, os quais, enquanto direitos positivos, revestem-se de ameaças de sanções, podendo ser usados contra interesses opostos ou transgressões de normas. Nesta medida, eles pressupõem o poder de sanção de uma organização, a qual dispõe de meios para o emprego legítimo da coerção, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Neste ponto surge o Estado, que mantém como reserva um poder militar, a fim de “garantir” seu poder de comando.²⁴¹

Em seguida, conclui:

“Em síntese: o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Ais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em formas de direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.”²⁴²

Pois bem. A natureza objetiva, estrutural, como questão de fato, do soberano privado supraestatal, cujo poder privado não está concentrado em umas mãos nem tem um sede determinada, implica em que o mesmo está desprovido, pelo menos ainda, do “poder de organização, sanção e execução”, os quais estão concentrados,

²⁴¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v.1, p. 170-171.

²⁴² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 170-171.

ainda, no Estado. Logo, o soberano privado supraestatal não é um poder totalmente independente,²⁴³ cuja implicação consiste num *modus operandi* do exercício do poder privado na forma de *inter-relação* com o Estado.

Portanto, a questão que se põe, agora, é determinar-se o tipo de Estado conveniente ao soberano privado supraestatal, onde o exercício do poder privado ocorra no âmbito das inter-relações no novo campo de poder contemporâneo.

10.3.2 O Estado adequado ao novo campo de poder contemporâneo (I): o Estado aberto

Para que possam haver inter-relações, é mister que o Estado seja *permeável* ou *aberto* à determinação das políticas estatais pelo soberano privado supraestatal difuso. O fenômeno do estado permeável é resultado da mudança radical operada pelo novo campo de poder contemporâneo.

De fato, como anota André-Jean Arnaud: “Uma nova ordem se impõe, desconcertante, na medida em que as nações erigidas em estados, até agora soberanos, - pelo menos no que diz respeito aos países “centrais”, pouco acostumados a dobrar a espinha -, mostram-se cada vez menos capazes de controlar suas economias e suas moedas”.²⁴⁴ A constatação de que a soberania está compartilhada entre os agentes da esfera pública e da esfera privada evidencia um outro aspecto do novo campo de poder, onde constata-se a supremacia do poder privado sobre o poder público.

²⁴³ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 260.

²⁴⁴ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 1.

Conforme anota Juan Ramón Capella: “El *soberano difuso* non sólo es capaz de imponer sus propias políticas a los estados penetrando la voluntad de las instituciones de estos sino que además impide llevar a la práctica las políticas decididas por las intituciones estatales cuando son incoherentes com las suyas propias”.²⁴⁵ A consequência está em que os poderes estatais não passam de instrumentos para a realização das decisões tomadas pelo soberano privado supraestatal difuso, já que, aos estados permeáveis, somente resta cumprir as determinações políticas ditadas pelo poder privado, o que implica na característica de supremacia do poder privado em relação ao poder estatal.²⁴⁶

10.3.3 O Estado adequado ao novo campo de poder contemporâneo (II): o Estado de Direito

A adequação do Estado ao novo campo de poder contemporâneo conduz, necessariamente, a uma remodelagem das soberanias e das fronteiras, à medida em que se constata uma superposição de ordens jurídicas não nacionais aos direitos estatais.

A superposição de ordens jurídicas não nacionais aos direitos estatais impõe o exame do policentrismo,²⁴⁷ onde as fontes do direito são múltiplas, sobrepondo-se ao

²⁴⁵ Explica Juan Ramón Capella: “El *soberano difuso* non sólo es capaz de imponer sus propias políticas a los estados penetrando la voluntad de las instituciones de ‘stos sino que además impide llevar a la práctica las políticas decididas por las intituciones estatales cuando son incoherentes com las suyas propias” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 261).

²⁴⁶ Assim: “Las decisiones de la soberanía supraestatal han de ser instrumentadas sin embargos por los poderes estatales-permeables subalternos” (CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 261).

²⁴⁷ O termo é utilizado por André-Jean Arnaud: “Policentrismo: Nota-se cada vez mais a superposição de ordens jurídicas não nacionais aos direitos estatais. Isso é bem ilustrado pela situação contemporânea do direito europeu. Fala-se de ‘Europa’. Na verdade, a Europa tem uma organização institucional dualista. Institucionalmente, estamos diante de várias ‘Europas’: uma grande Europa, colocada sob os auspícios do Conselho da Europa, sediado em Estrasburgo, e a União Européia, fruto da Comunidade Européia. Cada uma delas possui suas próprias regras de trabalho, sua autoridade legislativa, seu poder executivo, sua Corte de Justiça. Mesmo quando se fala da União Européia propriamente dita, é necessário que se estabeleça uma distinção, em função de sua formação e de seu desenvolvimento histórico próprio, entre as organizações européias de cooperação e as comunidades européias propriamente ditas. Assim, a

direito nacional outras fontes de direito, tais como: direito internacional, comunitário, regional. Essa situação implica, a rigor, numa remodelagem da soberania, na medida em que em maior ou menor grau os Estados-nação estão submetidos ao direito produzido nessas fontes múltiplas. Ao lado dessa remodelagem da soberania, constata-se, também, que a constituição de regiões que resultam do agrupamento de territórios nacionais de Estados-membros, implica na remodelagem das fronteiras ao lado das soberanias. O fenômeno da remodelagem das soberanias com a multiplicidade das fontes de direito e remodelagem das fronteiras implica o fenômeno do pluralismo jurídico.

10.3.4 O constitucionalismo e a Constituição como produto do pensamento político-jurídico moderno

Para a compreensão do direito constitucional na passagem do mundo para a pós-modernidade, impõe-se considerar a constituição e o constitucionalismo como frutos do produto moderno, a exemplo do que propõe Arnaud,²⁴⁸ e examinar até que ponto o questionamento do “produto moderno” implica no questionamento dos seus frutos. Para Arnaud,²⁴⁹ o essencial do produto moderno consiste na “elaboração dos

Europa possui um direito policêntrico: de um lado, o direito comunitário (aquele da União Européia) e, de outro, o que é praticado nos quadros das Organizações Européias. Não existe uma união verdadeira entres esses dois mundos.” A seguir, acrescenta: “Além disso, os países europeus têm, cada um deles, seu direito interno próprio, além do direito que emana das relações internacionais nas quais uns e outros estão engajados. Lida-se, então, com uma multiplicidade de fontes do direito: os direitos nacionais, o direito internacional, o direito do Conselho da Europa (recomendações do Comitê dos Ministros aos governos dos Estados-membros, convenções ou tratados europeus têm força executiva para os Estados que os ratificam, jurisprudência da Corte européia de direitos humanos, principalmente), direito comunitário (ordem jurídica comunitária baseada nos tratados constitutivos das Comunidades, ato unilaterais da autoridade comunitária, diretivas, regulamentos, decisões gerais e individuais, recomendações opiniões, resoluções do Parlamento europeu, atos convencionais concluídos na ordem comunitária pelos Estados-membros no seio da Comunidade com um terceiro país, jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Européias).” E, ao final, conclui: Devemos acrescentar ainda um certo número de fontes não escritas, como os princípios gerais de direito integrados ao direito comunitário (princípios gerais de direito internacional, padrões universais do direito comum, princípios extraídos dos direitos internos dos países membros), e o costume. Uma tal pluralidade de fontes do direito leva a um verdadeiro pluralismo” (ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 68-69).

²⁴⁸ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 203.

²⁴⁹ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 203.

conceitos de democracia e de direitos humanos, com o seu séquito de salvaguardas simbólicas, processuais e materiais que são as constituições, os códigos, os princípios e regras que regem as relações jurídicas nacionais e internacionais”. Para Arnaud,²⁵⁰ “o paradigma ‘moderno’ é questionado. Não os seus frutos”, o que implica no exame da medida em que os frutos do paradigma moderno reaparecem num mundo pós-moderno.

10.4 A Constituição numa perspectiva pós-moderna: a Constituição como salvaguarda da democracia e dos direitos humanos

Após compreender que o Estado ainda se faz necessário no quadro do novo poder contemporâneo, impõe-se examinar se a constituição também se faz necessária, e, se necessária, qual o seu *conteúdo essencial* à luz dos critérios de legitimidade, na perspectiva de um direito constitucional pós-moderno.

A Constituição, em sua formatação decorrente do pensamento jurídico-político moderno, constitui-se em *uma lei fundamental de um país*. Logo, o Estado é fundado pela Constituição, que o *institui* ou o *restitui*. Conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “[...] o termo constituição aplicado ao Estado apresenta três acepções. A de registro de organização deste Estado, e, mais restritamente, a de *parte essencial* de tal organização; a de estatuto do Poder, ou melhor, a da *parte essencial* deste estatuto; e a de ordem jurídica estatal, ou melhor, a da *parte essencial* desta ordem”.

²⁵¹ Nesse linha de raciocínio, no que tange ao conteúdo da Constituição, compreende-se, como de sua essência, *as normas alusivas à organização do Estado e seus órgãos*, na medida em que este (estado) ainda é necessário, e os *limites do exercício do poder público*. Aliás, a idéia de limitação do exercício do poder, caracterizando a

²⁵⁰ ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*, p. 203.

constituição como uma garantia, foi a marca da concepção liberal da constituição. Nesse sentido, anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Segundo a concepção liberal de constituição, esta é a parte essencial de uma *determinada* organização estatal – a que visa a garantir a liberdade, por meio de um estatuto do Poder.”²⁵²

Examinando o aspecto mencionado em Montesquieu, Manoel Gonçalves Ferreira Filho constata que, embora o mesmo tenha empregado o termo *constituição*, em sua obra clássica *O espírito das leis*, no sentido de *parte essencial da organização política do estado*, o pensador francês “põe uma estreita relação entre constituição, poder e liberdade”,²⁵³ quando apresenta a Inglaterra como “modelo”, referindo-se à mesma como “única das ‘nações do mundo que tem por objeto direto de sua constituição a liberdade política’”.²⁵⁴ Essa situação estava implicada pelo fato da “separação dos poderes”, ou “separação das funções essenciais do Estado”, cada uma atribuída a um poder independente, o que viria a constar da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: “Toda sociedade na qual não é assegurada a garantia dos direitos nem determinada a separação dos poderes não tem constituição”.

A conclusão a que se chega é a de que, “nesse enfoque, a matéria da constituição é política. Ela rege o Poder. Mas sua forma é jurídica. É a lei suprema”.²⁵⁵ Assim, a conclusão é no sentido da necessidade de uma constituição que garanta os direitos fundamentais. Nessa mesma linha de raciocínio, Jürgen Habermas, bem mais tarde, afirmaria: “há um nexo interno do direito com o poder

²⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 72.

²⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 69.

²⁵³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 71.

²⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 71.

²⁵⁵ Cfme. palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 72).

político”.²⁵⁶ Esse nexo interno decorre do fato de que “o poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais”.²⁵⁷

O realce dado por Jürgen Habermas recai sobre a “função estabilizadora de expectativas”, própria do direito, o que implica na apresentação do direito como um “sistema de direitos”: “os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem”.²⁵⁸ O pressuposto fundamental consiste em que haja uma “coletividade limitada no espaço e no tempo, com a qual os membros se identificam e à qual eles podem imputar suas ações como partes do mesmo contexto de interação”. Assim, Jürgen Habermas estabelece como princípio fundamental “o direito a iguais liberdades subjetivas de ação”, o qual “concretiza-se nos direitos fundamentais”.²⁵⁹ E, com base no exercício desses “direitos fundamentais”, visualiza uma “associação espontânea de membros do direito”, identificada como coletividade, a qual, para “constituir-se como “comunidade de direito [...] precisa dispor de uma instância central autorizada a agir em nome do todo”.²⁶⁰ Essa instância central autorizada a agir em nome do todo, na concepção de Jürgen Habermas, é o Estado, ao qual são reconhecidas as funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Logo, Jürgen Habermas vê no Estado o *poder politicamente organizado*, cujo exercício submete-se à verificação da *legitimidade*, cujos parâmetros de verificação compreendem tanto *a forma como o direito foi estatuído* quanto o *direito*

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 170.

²⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 171.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 170.

²⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 170.

²⁶⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 170.

corretamente estatuído: “Não é a forma do direito, enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito *legitimamente estatuído*. E, no nível pós-tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”.²⁶¹

A perspectiva habermasiana é a da existência de uma *autonomia política dos cidadãos no Estado*, ou seja, na medida em que se exige a *correção do direito estatuído*, tem-se como consequência a “incorporação do exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado – a legislação constitui-se um poder *no Estado*.” A essa autonomia política, Jürgen Habermas correlaciona a *soberania popular*. A conclusão é a de que o poder político pertence à *soberania popular* ao mesmo tempo em que pertence ao Estado, o qual é o *poder politicamente organizado*. Daí ser imperativo a Jürgen Habermas admitir que o *poder político diferencia-se em poder comunicativo e poder administrativo*. O *poder político comunicativo* é a expressão do *exercício da autonomia política dos cidadãos no Estado*, enquanto que o *poder político administrativo* é o exercício do *poder politicamente organizado* mediante o *exercício das funções do estado* (legislativa, executiva e jurisdicional).

A perspectiva habermasiana parte da constatação da *complexidade da sociedade moderna*, cujo imperativo consiste em que *a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis*. Para Jürgen Habermas, a *soberania popular* “se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito”.²⁶² E mais: “Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos”. Jürgen Habermas chega mesmo a questionar se o poder político, assim diferenciado, teria um titular com características

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p.172.

²⁶² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 173.

de soberano, concluindo que: “Uma vez que a soberania do povo não se concentra mais numa coletividade, na presença física dos civis unidos ou de seus representantes reunidos, fazendo-se valer na circulação de consultas e de decisões estruturadas racionalmente, começa a fazer sentido a frase segundo a qual no Estado de direito não pode haver um soberano”.²⁶³ Mesmo que Jürgen Habermas tenha se apressado em pretender demonstrar que a interpretação segundo a qual no Estado de direito não pode haver um soberano, não “rouba” o “conteúdo radicalmente democrático da soberania popular,”²⁶⁴ o fato é que a “teoria da ação comunicativa” e a “teoria do poder comunicativo” acaba por dar sustentação teórica para o fenômeno do deslocamento da soberania da esfera pública estatal para a esfera privada, amenizando o choque causado pela constatação da existência de um *soberano privado supraestatal difuso*.

É verdade que a passagem do poder político para a esfera privada não se dá diretamente nessa esfera. Habermas se vê compelido a compreender o poder político em uma *esfera pública*. Porém, essa *esfera pública* não coincide com o *poder público estatal*, além de admitir que o poder político encontra-se subjetivado na *soberania popular*. Daí, o modelo habermasiano propõe a *ampliação da esfera pública*, compreendida como o ambiente onde são exercidos os *poderes comunicativos*, noutras palavras, os poderes políticos comunicativos. Trata-se de um ambiente amplo, descentrado dos sujeitos e centrado em corporações, porque não há mais lugar para a concepção de uma *coletividade resultante da presença física dos cidadãos titulares da autonomia política*. A contraposição das soberanias, na perspectiva habermasiana, resolve-se de modo favorável à democracia, a qual tem por princípio fundamental o princípio do discurso, cujo resultado, desde de que observado o procedimento, implicará numa racionalidade derivada do *consenso*.

²⁶³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 173.

²⁶⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. 1, p. 173.

Escapa à explicação da lógica habermasiana o fato de que não há a propalada *igualdade das liberdades subjetivas*. Essa constatação decorre do fato de que, no plano das soberanias, no quadro do novo poder contemporâneo, tem-se a *supremacia da soberania privada supraestatal difusa*, investida de poder político de fato, a qual reduz a *soberania estatal* a mera caricatura de soberania. Assim, ao admitir a distinção do poder político em *poder político comunicativo* e *poder político administrativo*, nada é acrescentado à problemática da *supremacia do poder político privado* sobre o *poder político público*. Quando muito, tem-se a compreensão de que o *poder político privado*, de fato, encontra na *esfera pública ampliada* no espaço político para o seu exercício legítimo.

A conclusão parece ser no sentido de que Habermas desenvolve um modelo que perpetua o projeto político moderno, agora reestruturado e reorganizado, sem permitir um alcance real mais favorável ao poder político centrado na soberania popular. Essa constatação remete diretamente para o problema da indisponibilidade de direitos pelo poder político.

10.4.1 O problema da indisponibilidade de direitos pelo poder político – o governo *sub lege*

O exame do direito num mundo em trânsito para a pós-modernidade exige o exame da temática consistente na *indisponibilidade de direitos pelo poder político*, ao que Luigi Ferrajoli chama de *esfera do indecidível*,²⁶⁵ e que pode ser compreendido como *princípio da supremacia da constituição*.²⁶⁶

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón*, Madrid: Editorial Trotta, 1998, p. 933-948.

²⁶⁶ A rigidez constitucional surge como consequência o princípio da supremacia da constituição. Pinto Ferreira menciona, neste contexto que tal princípio "é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político" A Constituição Federal de 1988 é rígida e, como nos ensinamentos de José Afonso da Silva: "Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o Governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos" (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 47.

Essa temática tem sido examinada à luz do fenômeno consistente nas relações entre o *poder* e o *direito*, a partir de um determinado ordenamento jurídico constitucional concreto. Nessa perspectiva, têm sido realçadas as *cláusulas pétreas*²⁶⁷ com as quais estabelece-se um caráter rígido da Constituição, através das quais são impostos *limites materiais de revisão*.²⁶⁸ No entanto, a constatação de que o poder político encontra-se espalhado entre o *povo (soberania popular)*, o *soberano estatal*, e o *soberano privado supraestatal difuso*, sendo que a supremacia da soberania tem pendido claramente em favor do *soberano privado*, impõe o exame do aspecto do direito no qual encontrar-se-ia um certo âmbito jurídico indisponível.

A *indisponibilidade*, no caso concreto, seria limite cujo destinatário seria o próprio *soberano popular*, a quem tem sido reconhecida a titularidade do direito de legislar normas constitucionais. A questão, portanto, à luz do quadro do novo *poder contemporâneo* consiste em determinar a existência de direitos que seriam indisponíveis.

10.4.2 A esfera do indecível I: o Estado constitucional de direito

A busca da determinação dos limites à disponibilidade dos direitos pelo poder político, tem sido empreendida à luz da compreensão conceitual do Estado de Direito, em especial do Estado constitucional de direito. A função da constituição,

²⁶⁷ Anota Gilmar Ferreira Mendes: “Tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma de legalidade. Nesse sentido, pronunciou-se o Tribunal Constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a Constituição” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 96-97).

²⁶⁸ A expressão *limites materiais da revisão*, adotada por Canotilho é por ele explicada: “A revisão constitucional, embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para alterar a Constituição mas não para mudar de Constituição.” Neste sentido, afirma-se que a revisão deve ser solidária com o fundamento político-filosófico da Constituição ou que a fisionomia constitucional não deve ser subvertida pelas leis de revisão. É esta consideração que leva a admitir limites superiores à revisão, sejam eles limites expressos, sejam eles, inclusivamente, limites implícitos, que pretendem impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional (CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *A Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 293).

nesse caso, seria a de delimitar o âmbito de atuação do exercício legítimo do poder político.

Conforme observa Sérgio Cademartori, seguindo as pegadas de Penã, o “Estado constitucional de direito marca um novo patamar nesta indisponibilidade do poder sobre o direito, ao estabelecer que determinados âmbitos jurídicos são totalmente indisponíveis ao poder político”. A questão põe no foco do exame a problemática da assimilação entre o conceito de Estado e de direito, cuja conclusão, na seara da perspectiva da supremacia da Constituição, consistiu na separação conceitual entre Estado e Direito. O problema da supremacia da Constituição importou na compreensão da subordinação do exercício do poder político aos limites impostos pela Constituição, cujo “resultado será a afirmação do caráter plenamente normativo das Constituições como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do estado e da sua produção normativa”.²⁶⁹

10.4.3 A esfera do indecível II: o Estado de direito democrático

A concepção do Estado constitucional de direito permite a identificação de uma *esfera do indecível* a partir da atuação do princípio da supremacia da constituição e do reconhecimento dos *limites materiais de revisão*. No entanto, a constatação de que o poder político encontra-se espalhado entre *o povo (soberania popular)*, o *soberano estatal*, e o *soberano privado supraestatal difuso*, e a constatação de que a supremacia da soberania tem pendido claramente em favor do *soberano privado*, impõe o exame do aspecto do direito no qual encontrar-se-ia um certo âmbito jurídico indisponível.

A *indisponibilidade*, no caso concreto, seria limite cujo destinatário seria o próprio *soberano popular*, a quem tem sido reconhecida a titularidade do direito de legislar normas constitucionais. A questão, portanto, à luz do quadro do novo *poder*

²⁶⁹ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e Legitimidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 27.

contemporâneo consiste em determinar a existência de direitos que seriam indisponíveis. Luigi Ferrajoli²⁷⁰ anota a existência de “[...] um problema que é comum a todas as democracias avançadas: a crescente anomia do estado contemporâneo gerada, de um lado, pela massiva expansão de suas funções – e dos correlativos espaços de discricionariedade da vida social e econômica, e, de outro lado, pela redução da capacidade regulativa do direito, a inadequação e a falta de efetividade de suas técnicas de garantia e pela tendência do poder político a liberar-se dos controles jurídicos e a deslocar-se a sedes invisíveis e extra-institucionais”. À luz desse problema, indaga-se: o exercício do poder político pelo soberano popular teria algum limite? Esse limite seria o direito? Qual a natureza desse direito? Estar-se-ia num retorno ao jusnaturalismo? Qual a solução para o problema?

10.4.4 A esfera do indecível III: os direitos concebidos deontologicamente

A problemática da *esfera do indecível* como limite material ao *exercício do poder político do soberano popular* implica no exame da questão da existência de direitos oponíveis ao próprio soberano popular, o qual, por sua vez, não poderia dispô-los. O problema fundamental está na *legitimidade da decisão democrática*, mencionado por Capella:

Nem *toda decisão democrática é legítima* desde o ponto de vista ecológico. Isto da mesma maneira que decisões adotadas por autoridades legitimadas democraticamente podem ser ilegítimas deste outros pontos de vista – por exemplo, os bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki-. Os procedimentos democráticos se tem de ver como condições *necessárias*, porém nem sempre suficientes, para a legitimidade das decisões políticas.²⁷¹

Nessa linha de raciocínio, vê-se que a questão desloca-se para o “ponto de vista”, já que, sob um determinado ponto de vista, uma *decisão democrática* pode

²⁷⁰ FERRAJOLI. Luigi. *Derecho y Razón*, p. 10.

ser *legítima* ou *ilegítima*. No que tange ao problema do direito constitucional pós-moderno, a questão da legitimidade da decisão democrática no exercício da soberania popular, pode-se adotar como ponto de partida a questão consistente no fundamento da constituição. Pois bem, nos meandros do fundamento da constituição, constata-se a contraposição do escólio de Locke com o de Hobbes. Conforme anota Manoel Gonçalves Ferreira Filho, na doutrina de Locke, “os homens não cedem por inteiro os seus direitos naturais ao Poder, no contrato social”, ou seja, “os homens confiam ao Poder o estritamente necessário para o bem público. Guardam os seus direitos naturais, portanto, limitam o poder”. Em sentido contrário, na doutrina de Hobbes “[...] os homens se despojam de todos os seus direitos no pacto social, em proveito do príncipe, para obter a paz”.²⁷²

O problema, então, está na admissão de direitos naturais oponíveis até mesmo contra o *soberano popular no exercício do poder constituinte originário*, constituindo-se estes *direitos naturais* na *esfera do indecível*. A problemática, extremamente atual, põe em xeque, por exemplo, a adoção da pena de morte, ainda em vigor em alguns países, considerados de capitalismo e democracia avançados. Na perspectiva dos *direitos naturais*, dentre eles, o *direito à vida*, as decisões acerca da disponibilidade do *direito à vida* são ilegítimas. Assim, o problema da legitimidade da decisão democrática escapa da esfera *interna* ou *intrasistemática*, deslocando-se para a esfera externa. A discussão põe em evidência outro produto da modernidade: o positivismo.

Mais recentemente constata-se a Teoria dos Direitos de Dworkin, na qual são admitidos princípios que são tomados para a aferição da legitimidade a partir de uma justificação externa. A partir de alentado estudo sobre a prática das decisões de Tribunais, Dworkin concluiu que *existem direitos que gozam de validade positiva*, e que são admitidos pelos Tribunais, os quais decidem quais direitos ‘políticos’

²⁷¹ CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*, p. 238.

²⁷² FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Op. cit. p. 75.

pertencem a quem. Conforme anota, ao admitir que os direitos políticos ‘existem’, Dworkin conta com a razão prática incorporada na histórica, a qual emerge no ponto de vista moral e se articula em uma norma fundamental. Essa norma fundamental, na Teoria dos Direitos de Dworkin, existe e exige a mesma consideração e igual respeito por todos, coincidindo, a referida norma fundamental, com o princípio kantiano dos direitos e com o primeiro princípio de justiça de Rawls, segundo o qual cada um tem direitos a iguais liberdades subjetivas.²⁷³

Assim, para Dworkin, a norma fundamental, à igual consideração e respeito goza de ‘*status*’ não fundamentado e, segundo palavras do próprio Dworkin:²⁷⁴ “Direito natural [...] que todos os homens possuem [...] simplesmente porque eles são seres humanos dotados de capacidade de esboçar planos e fazer justiça”.

Diante dessa conotação de Direito Natural, Habermas²⁷⁵ propõe prescindí-la para o fim de tomá-la como “um esclarecimento do sentido deontológico dos direitos fundamentais e do sentido de validade que comunica-se aos direitos ‘políticos’ ou institucionalmente obrigatórios e proporciona às pretensões individuais uma momento de incondicionalidade. Na perspectiva desse momento de incondicionalidade, Dworkin afirma que os direitos subjetivos são ‘trunfos’ num jogo, no qual indivíduos defendem suas pretensões contra os abusos das finalidades coletivas. Em Dworkin, nem todos os direitos subjetivos valem de forma absoluta, mas cada um coloca barreiras ao cálculo do proveito e dos custos de idealização dos fins coletivos. Esses custos na idealização dos fins coletivos justificam-se pelo princípio do igual respeito por cada um. A Teoria dos Direitos de Dworkin exige a

²⁷³ Jürgen Habermas esclarece que, no que tange à norma fundamental, Dworkin objeta a Rawls afirmando que no ‘estado primordial’ o direito fundamental admite os partidos e regula a admissão dos partidos políticos, caracterizando-se como direito. E o direito fundamental à igual consideração e respeito já regula as condições do acordo racional em geral. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, p. 252)

²⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Apud* HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. I, p. 253.

²⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*, v. I, p. 253.

compreensão de uma paradigma, o qual corresponde ao *paradigma do direito formal burguês*. Neste sentido, embora a legitimidade encontrasse justificativa externa (princípios), a justificação, em si, estaria limitada pela admissibilidade de um único paradigma (o *paradigma do direito formal burguês*).

10.4.5 A abordagem pós-moderna do direito constitucional: superação do positivismo e manutenção da positividade – o problema dos paradigmas liberal e social como problema do fundamento do direito pós-moderno

A exemplo do que ocorre com o Estado, o qual amolda-se melhor ao fenômeno da pós-modernidade como *Estado aberto*, decorrência da fragmentação das soberanias e das fronteiras, também a constituição, numa abordagem pós-moderna, melhor se amolda ao modelo de *constituição aberta*, como fenômeno de regulação da *sociedade aberta*.²⁷⁶

Essa moldagem constitucional é decorrência do fenômeno consistente no pluralismo jurídico, a exigir da constituição a feição de um *núcleo duro*, ou seja, a feição de uma *esfera indecível*. A compreensão desse fenômeno exige uma tomada de posição em relação à *democracia* e aos *princípios do Estado de Direito*. O problema, em si, exclui a perspectiva *positivista*, já que o *procedimento* não é suficiente para a obtenção da legitimidade. A legitimidade, por sua vez, vem de fatores externos. Por essa razão, impõe-se examinar os aspectos teóricos que envolvem a problemática dos *direitos naturais*, da *democracia* e dos *princípios do estado de direito* como ponto nodal da questão teórica do direito. Na perspectiva de uma *constituição aberta*, Habermas aponta para a adequação do método construtivo como adequado à teoria da interpretação da constituição.

²⁷⁶ As noções conceituais correspondem aos escólios de P. Häberle. Verfassungsinterpretation als Öffentlicher Prozess. In: Seminário Hesse de Freiburg, de 1978. Verfassung als Öffentlicher Prozess-Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Schriften zum öffentlichen Recht. Op. cit., p. 12

De fato, o *método de interpretação construtivo* tem apresentado vantagens em relação ao aspecto positivista, porque, ao contrário deste, envereda-se pela perspectiva hermenêutica, a qual contém, em si, um movimento em direção a um fim, ou seja, o método processual. A contraposição de uma perspectiva hermenêutica à perspectiva positivista já é, em si, um aspecto da abordagem pós-moderna em direito. No entanto, a compreensão de uma *constituição aberta* exige uma tomada de posição em relação à preponderância do *método concretista* em relação a outros métodos construtivistas. Para tanto, merecem destaques duas teorias desenvolvidas com o intuito de contrapor-se ao positivismo tradicional, as quais, por sua vez, contrapõem-se, de certa forma, ao método *concretista* de interpretação da *constituição aberta* proposto por Habermas.

A compreensão de uma *constituição aberta*, pode ser vista sob uma outra perspectiva, a exemplo da Teoria dos Direitos de Dworkin. Nesta, admite-se a *positividade dos direitos políticos*, consistentes em uma *norma fundamental*, a qual compreende os *princípios da democracia e do estado de direito*, com *status não fundamentado*, portanto, em seu momento de incondicionalidade. Na realização da hermenêutica crítica construtiva, proposta por Dworkin, a Constituição compreenderia todos os princípios do direito formal burguês, explícitos ou implícitos, adotando-o como uma *paradigma jurídico*.

Diante da Teoria dos Direitos de Dworkin, Jürgen Habermas propõe sua adoção com certa reserva em relação à conotação jusnaturalista, a qual resta excluída pelo fato de compreender elementos suprapositivos. O fundamental, para Habermas, na Teoria dos Direitos de Dworkin, é que ela guarda o critério da *positividade dos direitos políticos* (direitos políticos positivos em caráter de incondicionalidade – norma fundamental). No entanto, Habermas vai muito mais além do que foi Dworkin. Para Habermas, o fundamental é ter em vista as experiências das *sociedades complexas contemporâneas*, a partir dos *modelos sociais do direito*, e da análise dos “sistemas jurídicos surgidos no final do Século XX, nas democracias de massas modernas dos Estados sociais”, os quais, ao lado do paradigma do direito

formal burguês, formam os *paradigmas jurídicos* “mais bem sucedidos na moderna história do direito e como fortes concorrentes”.²⁷⁷

A experiência das sociedades contemporâneas permitiu a Habermas concluir que não se deve descartá-las de todo. Essa conclusão permitiu que Habermas propusesse um *terceiro paradigma jurídico*. Este terceiro paradigma jurídico trata-se da “compreensão procedimentalista do Direito”, o qual absorve os dois paradigmas anteriores,²⁷⁸ fazendo com que estes paradigmas jurídicos se abram uns aos outros e se comprovem na pluralidade de interpretações de situações indeterminadas. Essa compreensão procedimentalista do direito é uma tentativa de reconciliação da hermenêutica jurídica com o positivismo, que atua mediante uma interpretação construtiva, ou seja, uma hermenêutica construtiva crítica, que tem como pano de fundo um paradigma jurídico aberto, resultante da absorção dos dois paradigmas jurídicos mais bem sucedidos, nos quais são apreendidos os princípios morais e os princípios do Estado de Direito, à luz dos quais são justificadas externamente as decisões judiciais, mantendo-se o postulado da segurança jurídica mediante tomada de decisões consistentes no quando de uma ordem jurídica e de decisões corretas, na medida em que são justificadas por princípios. Para Habermas, “somente um direito positivo justificado por princípios permite decisões corretas”, ou, ainda, “somente um direito positivo justificado por princípios colhidos de paradigmas abertos permite decisões corretas”.

Portanto, na perspectiva pós-moderna do direito constitucional, tem-se o problema dos paradigmas liberal e social como problema do fundamento da

²⁷⁷ Em relação aos dois paradigmas, Habermas aponta o primeiro, consistente no paradigma jurídico do direito formal burguês, e, o segundo, consistente no paradigma do direito materializado do Estado Social.

²⁷⁸ A “compreensão procedimentalista do direito”, proposta por Habermas como terceiro paradigma jurídico, está amparado por um princípio de Filosofia do Direito, adredemente preparado por Habermas, com o intuito de introduzir o “sistema de direito” e os “princípios do Estado de Direito” na linha da teoria do “discurso”. Com isso, Habermas pretende “tornar o ‘princípio’ plausível sob os aspectos da teoria do direito, a partir de um “enfoque jurídico estrito”, ou um “sistema jurídico em sentido estrito”.

constituição, razão pela qual a *constituição aberta* exige um método de interpretação adequado à nova perspectiva do direito constitucional, quer seja o *método hermenêutico construtivo concretista* proposto por Habermas, quer seja o método hermenêutico construtivo crítico, proposto por Dworkin, quer seja o *método hermenêutico de compreensão procedimentalista do direito*, proposto por Habermas.

Por essas razões, pode-se afirmar que uma abordagem do direito, num mundo em trânsito para a pós-modernidade impõe-se diante do fenômeno da globalização do fenômeno da pós-modernidade. No entanto, as vias de acesso ao direito pós-moderno são as mesmas vias adotadas pela filosofia, sociologia: efeitos da globalização sobre o Estado e o esgotamento do pensamento jurídico ocidental. A característica da abordagem pós-moderna em direito consiste na preocupação com a superação do paradigma moderno no direito, a fim de permitir a caracterização dos conceitos pós-modernos. Por outro lado, a abordagem pós-moderna em direito deve levar em consideração os efeitos da *grande transformação*, em especial em relação ao *novo campo de poder contemporâneo*, onde são constatados os *agentes causais* da determinação da vida social, detentores de *poder político*, tanto da *esfera privada* (soberano privado supraestatal difuso) e da *esfera pública* (estado), com a supremacia do primeiro em relação ao segundo. Portanto, o direito pós-moderno deve ser adequado ao pluralismo jurídico, ou policentrismo, na perspectiva da existência de uma *nova lex mercatoria*, a qual redesenha, de modo absoluto, o fundamento e a função da constituição do Estado-nação.

O direito pós-moderno tem por fundamento uma *constituição aberta*, reguladora de uma *sociedade aberta* e de um *Estado aberto*, adequados ao novo *campo de poder contemporâneo*, na medida em que uma abordagem pós-moderna da constituição revela que a mesma apresenta-se como salvaguarda da democracia e dos direitos humanos. Na perspectiva pós-moderna, constata-se a fragmentação das soberanias e das fronteiras, razão pela qual impõe-se limites materiais ao exercício do poder revisional e ao próprio poder soberano popular originário, caracterizando-se

uma dupla *esfera indecível*, como fator de legitimidade do exercício da democracia. Pela mesma razão, há uma esfera de indecidibilidade no plano infraconstitucional, em relação ao campo de indisponibilidade constitucional e o campo de indisponibilidade em função da Constituição.

Na perspectiva do direito constitucional pós-moderno, somente tem legitimidade o Estado de Direito Constitucional Democrático. E, o método de interpretação na abordagem pós-moderna do direito consiste num método hermenêutico procedimentalista compreensivo aberto aos paradigmas liberal e social como fundamento da constituição.

Resta, pois, concluir que, no plano do exercício da atividade jurisdicional, essa característica do direito pós-moderno atua tanto no plano da tutela jurisdicional em sentido amplo como no plano da tutela jurisdicional em sentido estrito.

CAPÍTULO V

TUTELA JURISDICIONAL EM SENTIDO AMPLO: MEIOS OU TÉCNICAS PROCESSUAIS ADEQUADAS PARA OBTENÇÃO DOS RESULTADOS PREORDENADOS NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL

1. Considerações gerais

Os esforços no sentido da busca da efetividade do processo têm proporcionado uma gama de investigações que se caracterizam pelo parâmetro sintetizado por Cândido Rangel Dinamarco²⁷⁹ como “revisitação” aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas”.²⁸⁰ Essa revisitação implicava numa postura metodológica de “releitura” dos escopos do processo e da técnica processual adequada à consecução desses escopos, na medida em que “todo objetivo traçado sem o aporte de uma técnica destinada a proporcionar sua consecução é estéril; e é cega toda técnica construída sem a visão clara dos objetivos a serem atuados”.²⁸¹ E a releitura deve fletir, também, sobre o “plano hermenêutico da experiência jurídica”,²⁸² procurando extrair o máximo de proveito em termos de resposta operacional satisfatória a partir da experiência humana milenar na busca de solução de problemas.

A fecundidade dessa *revisitação aos institutos tradicionais* e da *releitura da experiência jurídica no plano hermenêutico* é aferida objetivamente na medida em

²⁷⁹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 58-59.

²⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 227.

²⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 224-225.

²⁸² Segundo Miguel Reale: Para um novo paradigma hermenêutico. E, portanto, não somente sobre os modelos jurídicos hermenêuticos, propriamente ditos, porque, nem todos os processos metodológicos de investigação do Direito Objetivo constituem “modelos jurídicos hermenêuticos”, propriamente ditos, porquanto, por exemplo, os métodos dedutivos e analógicos, de que o jurista se serve para compreensão das normas jurídicas, não diferem dos seguidos pelos demais cientistas no estudo da experiência em geral” (REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 108).

que “se passa à introspecção do próprio sistema processual e se procura num primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo”²⁸³ cujo campo de atuação específica pertence à “técnica processual”, assim entendida a “predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais”.²⁸⁴

O labor do processualista deve ser direcionado, num primeiro momento, no sentido da compreensão dos escopos processuais, e, já num segundo momento, impõe-se fletir a mente sobre os instrumentos adequados à consecução desses escopos processuais, na medida em que se deve atender à “indispensável adaptabilidade da prestação jurisdicional e dos instrumentos que a propiciam à finalidade dessa mesma tutela”.²⁸⁵

Com o intuito de dar efetividade ao processo constata-se um enorme esforço de produção legislativa com a edição de várias leis, positivando soluções a partir de propostas colhidas no meio jurídico. E é nesse contexto de reforma legislativa que se constata que vários institutos processuais sofreram modificações, outros foram criados, e outros, ainda, foram eliminados do sistema do ordenamento jurídico. A tônica dessas modificações, no entanto, aponta para a relativização das soluções, excluindo o caráter rígido próprio do modelo processual clássico. E isso decorre da observância da premissa consistente na necessária “vinculação do tipo da prestação à sua finalidade específica” mediante a “adequação do instrumento ao seu escopo.”²⁸⁶ Portanto, constata-se, numa perspectiva horizontal, que as reformas priorizaram ora a

²⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p.225.

²⁸⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 227. E, esses escopos a serem realizados, diz respeito aos escopos jurídicos, sociais e políticos.

²⁸⁵ ARMELIN, Donaldo. Tutelas jurisdicionais diferenciadas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 103.

²⁸⁶ As expressões são de Donaldo Armelin. Tutelas jurisdicionais diferenciadas, p. 103.

atividade jurisdicional (cognição, execução, instrução), ora o processo (instrumento), ora o procedimento, a partir da perspectiva da sumariedade formal etc.

Nesse contexto de adequação da tutela (tipo de prestação) e dos instrumentos de sua prestação, impõe-se a análise das dimensões dessas reformas, as quais ainda não foram perscrutadas em sua totalidade pelos operadores do Direito.²⁸⁷ Dentre os objetos de alteração constata-se os que se localizam no âmbito da tutela jurisdicional em sentido amplo, ou seja, as técnicas de tutela ou meios processuais para a obtenção do resultado preordenado no plano do direito substancial.

No que tange à tutela jurisdicional em sentido amplo, o presente trabalho limita-se a examinar o problema das técnicas processuais adequadas consistentes em técnicas coercitivas, técnicas de provimentos jurisdicionais e técnicas cognitivas, já que conforme visto alhures, para a correta configuração da tutela jurisdicional é mister a adoção de técnicas processuais.

2. As técnicas processuais à luz do princípio da plenitude dos instrumentos processuais e da flexibilização da tutela jurisdicional como instrumento da adequação da tutela jurisdicional dos direitos à luz da realidade fática e social

Conforme ressaltado, o processo civil contemporâneo caracteriza-se pela regência do princípio da plenitude dos instrumentos e flexibilização das técnicas processuais, a partir de duas premissas: a primeira, consistente na flexibilização imanente no universo processual, no qual há poucos espaços para o absoluto e muito para a interação recíproca de valores;²⁸⁸ a segunda, consistente na compreensão de

²⁸⁷ Significativa a observação feita por Kazuo Watanabe, referindo-se às atualizações por ele procedidas em seu respeitadíssimo estudo sobre a cognição no processo civil, no sentido de que “cada alteração legislativa ocorrida após a 1ª edição daria um outro livro” (*Da cognição no processo civil*. 2ª edição: Breve explicação).

²⁸⁸ A idéia da relatividade e interação recíproca de valores no universo processual foi adequadamente exposta por José Carlos Barbosa Moreira: “No universo processual - se nos permitem repetir o que já dissemos

que o “texto constitucional, em sua essência, assegura ‘uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça’, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais.”²⁸⁹

Portanto, é no campo das técnicas processuais de tutela que o princípio da plenitude e da flexibilização dos instrumentos e técnicas processuais atuam de modo ainda mais significativo. Isso porque, como foi visto, no momento em que da tutela jurídica resta qualificada, diminui-se a margem de liberdade que tem o legislador do direito processual no que tange a preordenação dos instrumentos e técnicas processuais.²⁹⁰ A diminuição da liberdade do legislador ordinário, por força de comando constitucional, implica na necessidade de delineamento de técnicas e soluções específicas do direito processual adequadas às exigências próprias do direito material, as quais devem revestir-se da necessária aptidão para a realização do direito material. Noutras palavras, as técnicas e soluções próprias do direito processual devem produzir os resultados adequados às exigências do direito material.

Portanto, na medida em que se compreende a existência de um modelo processual constitucional dotado de todos os instrumentos processuais adequados

alhures -, há pouco espaço para absolutos, e muito para a interação recíproca de valores que não deixam de o ser apenas porque relativos. Nem os mais altos princípios devem ser arvorados em objetos de idolatria: para usarmos expressão em voga noutros setores, todos admitem certa dose de flexibilização. Como advertia o filósofo, nada pior que um bom princípio mal aplicado; e é fora de dúvida que aplicamos mal um princípio quando o pomos em prática sem levar em conta os outros princípios que lhe servem de contrapeso e com ele precisam conjugar-se para assegurar o equilíbrio do conjunto. Um dos erros mais graves de determinado tipo de dogmatismo foi - e é - o de descrever o mundo em preto e branco ignorando os matizes variadíssimos que medeiam entre esses dois extremos. Felizmente tomamos consciência de quão infecundo é, do ponto de vista científico, transformar em oposição toda e qualquer distinção, a começar pela distinção mesma, fundamental para o nosso labor, entre as entidades a que os sanglo-saxônicos atribuem as denominações de *substance* e *procedure*” (MOREIRA. José Carlos Barbosa. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *Revista Forense*, n. 331, p. 145).

²⁸⁹ A compreensão da garantia de “tutela jurídica qualificada” é a que foi exposta, inicialmente, por Ada Pellegrini Grinover (*As garantias*, cit., p. 158) e no sentido do que foi propugnado por Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p. 27; e, *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 28-38).

²⁹⁰ Pontes de Miranda já advertia sobre o fenômeno da diminuição da liberdade do legislador processual no caso de promessa de tutela jurídica qualificada. Vide Kazuo Watanabe (*Da cognição no processo civil*, p. 22).

para a realização dos direitos,²⁹¹ característico de um princípio constitucional consistente na plenitude dos instrumentos processuais, impõe-se delinear o modelo processual dotado de todos instrumentos, técnicas e soluções processuais adequadas à proteção efetiva do direito, já que não se aceita a permanência de instrumentos, técnicas e soluções processuais específicas inadequadas. Portanto, não basta afirmar a plenitude dos instrumentos processuais no plano da tutela jurisdicional. É necessário, também, compreender que estes instrumentos processuais estão preordenados à luz da necessária flexibilização da própria tutela jurisdicional, razão pela qual todos os instrumentos, técnicas e soluções processuais específicas comprometidos com pressupostos processuais teóricos não são comprometidos com a efetividade da tutela dos direitos, ou, que algum modo, represente entrave à efetividade da tutela dos direitos, restaram superados pelo modelo processual constitucional.²⁹²⁻²⁹³

3. Técnicas coercitivas

3.1 Considerações gerais

A construção de tutelas adequadas a partir do isolamento do critério do resultado dos meios e técnicas de tutela, põe em evidência o problema das técnicas coercitivas.

²⁹¹ A perspectiva da dimensão constitucional do direito e da justiça permitiu a Kazuo Watanabe afirmar, com inteira razão, que “Esse raciocínio é válido tanto no plano material, para se entender existente um direito a ser tutelado, como no processual, para se concluir pela presença de instrumentos processuais adequadas à proteção efetiva do direito” (*Da cognição no processo civil*, p. 29).

²⁹² A questão da dimensão constitucional do processo já vinha sendo largamente investigada pela doutrina pátria, à luz do artigo 141, § 4º, da Constituição de 1946; art. 150, § 4º, da Constituição de 1967; e, art. 153, § 4º da Emenda Constitucional de 1969. Com muito maior razão essa temática desenvolveu-se à luz da Constituição de 1988, na qual o “acesso à ordem jurídica justa” restou positivado como garantia constitucional, com aplicação imediata, nos termos do § 1º do artigo 5º.

²⁹³ Para Kazuo Watanabe: “Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais, como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema se instrumentos processuais organizados pelo legislador ordinário” (*Da cognição no processo civil*, p. 27). Em trabalho anterior, Kazuo Watanabe já havia exposto essa “função do mandado de segurança” (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 93-106).

A adequada compreensão das técnicas coercitivas deve levar em conta o fato de que o modelo processual constitucional preordena a plenitude dos instrumentos processuais no plano da tutela jurisdicional, além da necessária flexibilização da própria tutela jurisdicional. Portanto, o problema deve ser compreendido a partir da plenitude e flexibilização das técnicas coercitivas.

No que tange ao problema das técnicas coercitivas, deve-se compreendê-lo à luz concepção do Direito como “ordenação coercível da conduta humana”, nos exatos termos em que compreende Miguel Reale, seguindo, nesse particular, a Hans Kelsen, o qual compreendia o Direito como “ordem coercitiva da conduta humana.”²⁹⁴ O sentido do termo coerção, nesse caso, há de ser entendido como autoridade decorrente do poder de *imperium* do Estado, que torna inevitável o cumprimento da ordem imposta.²⁹⁵ E, conforme salienta Cândido Rangel Dinamarco, “tem-se, com isso, o estado de sujeição, imposto pelo Estado sem qualquer indagação quanto ao assentimento ou agrado do sujeito e suficiente para proporcionar-lhe a obtenção do resultado.” Portanto: “Mercê da sujeição, fica a pessoa impedida de evitar a realização dos atos imperativos devidos.”²⁹⁶ Nessa linha de raciocínio resgata-se a “dimensão da imperatividade”, onde a coercitividade aparece como expressão da “possibilidade de haver execuções jurídicas compulsórias, sem que isso comprometa a sua juridicidade,” conforme salientou Miguel Reale.²⁹⁷

Nesse sentido, a idéia de coercitividade há de abranger os atos coercitivos consistentes em sujeição, onde estariam agrupados tanto os atos sub-rogatórios quanto os atos coercitivos em que não há sub-rogação, mas visam atuar sobre a vontade da pessoa a fim de ver realizado o resultado preordenado no plano

²⁹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1987, p. 56.

²⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 96.

²⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 106-107.

²⁹⁷ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 55.

normativo. Pode-se compreender, portanto, que o conceito de técnicas coercitivas, a rigor, sobrepõe-se, parcialmente, ao conceito de medidas sancionatórias, podendo afirmar que técnica coercitiva é o conjunto de “medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito.” Esse conceito tem por critério a circunstância de o fato jurisdicional entrar na composição do suporte fático da hipótese descrita na norma sancionatória. Na medida em que a “desobediência à ordem judicial” caracteriza um crime, tem-se o tipo penal, a sanção do ilícito consistente na desobediência da ordem judicial, preenchido o critério consistente na circunstância de o fato jurisdicional entrar na composição do suporte fático da hipótese descrita na norma sancionatória. Por outro lado, ainda sob esse critério, impõe-se compreender que tanto a sanção consistente na privação da liberdade quanto a sanção pecuniária são vontades sancionatórias concretizadas mediante provimento jurisdicional. Por fim, as medidas executivas, atuadas mediante provimentos jurisdicionais, enquanto formas de realização do resultado preordenado no plano do direito material, que prescindem da vontade do sancionado, também preenchem a mencionada característica, para fins de configuração de uma técnica coercitiva.

Por essa razão, tratam-se, reunidos em um mesmo grupo, os meios coercitivos diretos e os meios coercitivos indiretos como técnicas coercitivas. No entanto, deve-se levar em conta que há uma distinção fundamental entre a técnica coercitiva direta e a técnica coercitiva indireta. É que, a rigor, a técnica coercitiva direta implica no modo de atuação coercitiva mediante atos coercitivos que prescindem da vontade ou colaboração da pessoa para a realização do resultado preordenado no plano do direito substancial; já a técnica coercitiva indireta atua sobre a vontade do sancionado no sentido de levar, ele próprio, a realizar o resultado preordenado no plano do direito substancial.

A importância do exame da técnica coercitiva constata-se mediante o fato de adoção de técnicas coercitivas indiretas, ao mesmo tempo em que foram ampliadas

as técnicas coercitivas diretas, abandonando-se o modelo de técnicas coercitivas diretas típicas para adotar um modelo de técnicas coercitivas diretas atípicas, deixando para traz, assim, os pressupostos da incoercibilidade ou intangibilidade da vontade humana, bem como o pressuposto da tipicidade das técnicas coercitivas diretas, o que, diga-se de passagem, amolda-se perfeitamente ao princípio da plenitude dos instrumentos e técnicas processuais e a necessária flexibilização desses instrumentos e técnicas.

3.2 Técnicas coercitivas em espécie

Conforme visto retro, as técnicas coercitivas dividem-se em dois grupos: técnicas coercitivas diretas e técnicas coercitivas indiretas.

3.2.1 Considerações sobre as técnicas coercitivas diretas

Por técnica coercitiva direta entende-se o conjunto de medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito, independentemente ou mesmo contra a vontade do sancionado.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.”²⁹⁸⁻²⁹⁹ Marinoni adverte que a técnica coercitiva direta deve ser vista com muita cautela nas hipóteses em que teria lugar “antes da prática da violação da norma ou do contrato”, pelo fato de “pôr em risco o direito de liberdade.” O que não

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 77.

²⁹⁹ Assim exemplifica Marinoni: “é possível que o juiz determine na sentença, por exemplo, que o oficial de justiça proceda à retirada de cartazes publicitários que configuram concorrência desleal” ou “apreenda produtos que contêm marca de outrem, que violam direito de invenção ou mesmo que são nocivos à saúde do consumidor; a interdição de fábrica.” Embora entendendo ser mais grave e rara, admite também: “nomeação de administrador para evitar que a empresa deixe de observar norma destinada a evitar dano

se verifica, à evidência, nas hipóteses de ilícito continuado, pois “estando o ilícito positivado, não há por que temer o uso da coerção direta para eliminar a situação de ilicitude.”³⁰⁰ Porém, é necessário esclarecer que Luiz Guilherme Marinoni adota a locução “coerção direta” como espécie de técnica executiva, justando àquela, os meios sub-rogatórios.

Eduardo Talamini examina o problema das técnicas coercitivas sob um outro prisma, o das sanções, cuja concepção é correta. No entanto, embora no campo de cobertura das sanções, apressa-se a esclarecer que devem ser compreendidos, separadamente, o âmbito dos “comandos sancionatórios” do âmbito dos “mecanismos sancionatórios. Quanto aos mecanismos sancionatórios, Eduardo Talamini esclarece que: “considerando o terreno de atuação das sanções, que será adiante especificado, são concebíveis mecanismos sancionatórios i) de sujeição e ii) indutivos.” Em seguida, afirma: “Os *mecanismos de sujeição* (normalmente ditos “*sub-rogatórios*”) constituem providências aptas a, independentemente da participação do sancionado, atingir o resultado determinado pelo comando sancionatório.”³⁰¹

Bem se vê, por aí, que o que Eduardo Talamini denomina de “mecanismos sancionatórios de sujeição, “ditos sub-rogatórios”, conforme ele mesmo esclarece, correspondente ao que aqui se denomina “técnica coercitiva direta”. E mais”: Em relação aos mecanismos sancionatórios de sujeição, “ditos sub-rogatórios”, propõe, ainda, que “tais providências podem ser materiais (fisicamente tangíveis – ex.: penhora e expropriação, busca e apreensão, prisão) ou ideais (separação judicial fundada na culpa de um dos cônjuges, provimento substitutivo de declaração de

ambiental; impedir que o réu viole um direito ou um contrato.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 77).

³⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 78.

³⁰¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 168.

vontade, resolução contratual pelo inadimplemento, impedimento de contratar com a administração).”³⁰²

A perspectiva adotada por Eduardo Talamini é correta na medida em que constata que o “provimento substitutivo de declaração de vontade” amolda-se à classe dos “mecanismos sancionatórios”, em especial, dos “ditos sub-rogatórios”. E mais: nessa perspectiva, corretíssima, constata-se o critério para a adequada compreensão do campo de cobertura das técnicas coercitivas diretas.

Por outro lado, Eduardo Talamini,³⁰³ examinando o problema sancionatório, propõe ainda uma distinção entre “mecanismos sancionatórios sub-rogatórios” a partir do âmbito das “medidas materiais”. Assim, para Talamini, “no âmbito das medidas materiais, as repressivas diretas merecem ser diferenciadas das demais.” Portanto, “pela repressão direta, o agente sancionador limita-se a adotar providências destinadas a impedir fisicamente uma conduta do réu (ex.: o impedimento da invasão de um imóvel ou da agressão física).” Isso não ocorreria com os outros mecanismos sancionatórios materiais, pois “as demais medidas sub-rogatórias materiais visam a algum outro resultado que não tem estrito escopo repressivo.” No entanto, à luz do que restou compreendido como sanção repressiva, não seria correto contrapor uma de suas modalidades (providências adotadas para impedir fisicamente uma conduta do réu). Nesse particular, a compreensão de Talamini, quanto ao escopo repressivo, restou muito limitada.

Por fim, tomando-se emprestada a classificação utilizada no campo das sentenças constitutivas, pode-se classificar os mecanismos sub-rogatórios (materiais ou ideais) em “necessários” e “não-necessários”. Esses substituem propriamente uma conduta do sancionado, que poderia ter sido por ele mesmo cumprida (ex.: as medidas de

³⁰² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 168.

³⁰³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 168.

execução por quantia certa substituem o pagamento; a repressão impeditiva do esbulho supre a conduta de respeito à posse alheia). As medidas “necessárias” também se prestam à consecução de um resultado independentemente da vontade do sancionado. Resultado esse, no entanto, que jamais poderia ser atingido pela mera conduta voluntária do sancionado. Pense-se na prisão: não há como o sancionado “prender-se” voluntariamente. Em tais hipóteses, não existe propriamente “sub-rogação” de conduta.”

Por fim, é importante destacar que Luiz Guilherme Marinoni propõe a distinção entre “coerção direta” e “meios de sub-rogação”. Para Marinoni, “há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.”³⁰⁴ Noutra passagem, afirma:

Há casos em que o fazer pode ser obtido através de um fazer ou de uma atividade de um terceiro, e assim através de meios de sub-rogação. Se o juiz pode, na sentença, conceder a tutela específica da obrigação ou o seu resultado prático equivalente, está ele autorizado a determinar, se necessário for, que um terceiro preste, às expensas do demandado, o fazer ou a atividade necessária para que seja possível a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento.³⁰⁵

E, nessa linha de raciocínio, conclui:

Em face dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a sub-rogação pode ser utilizada nos casos de inadimplemento de obrigação fungível, de violação de norma e de dano que pode ser reparado na forma específica.³⁰⁶

O ponto nodal da distinção proposta por Luiz Guilherme Marinoni consiste numa diferença: “Há direitos que podem ser tutelados através do binômio ‘condenação + execução por sub-rogação’ e outros que, muito embora necessitando de uma atividade material a ser praticada por um auxiliar do juízo, não se compadecem com

³⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 77.

³⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 78.

a referida técnica processual”. Em seguida, esclarece: “[...] é o caso da tutela de reintegração de posse, de demolição de obra construída em desacordo com a legislação etc.”³⁰⁷

Embora se constate a opção pelo emprego da locução “coerção direta,” em sentido restrito e distinto da locução “meios de sub-rogação,” o fato é que, para fins de identificação da técnica executiva, tanto uma quanto outra atuam como elementos característicos desse modo de tutela dos direitos, razão pela qual parece melhor compreendê-las no gênero consistente na técnica coercitiva direta. Isso porque, mesmo nos casos em que os direitos são tutelados mediante o binômio “condenação + execução por sub-rogação”, ainda assim, a realização do direito prescindirá da vontade ou colaboração do sancionado, embora, de regra, não tão prontamente quanto as medidas “necessárias” ou sub-rogatórias atípicas previstas no art. 461 do Código de Processo Civil e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor.

3.2.2 Considerações sobre as técnicas coercitivas indiretas

Por técnicas coercitivas indiretas entende-se o conjunto de medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para atuar sobre a vontade do sancionado, com o fim de obter o resultado preordenado no plano do direito substancial.

As técnicas coercitivas indiretas é um problema posto na raiz da temática da realização do direito na forma específica, mediante a atuação sobre a vontade do sancionado, mediante a sujeição ao agravamento da sua situação sob o aspecto patrimonial ou sob o aspecto pessoal. No entanto, houve tendência no sentido de reduzir o campo de cobertura das técnicas coercitivas indiretas ao campo das obrigações cuja prestação consistia num fato infungível. Isso porque, a rigor, é nessa

³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 78.

³⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 76.

seara que a “execução se torna impossível”, ou seja, as técnicas coercitivas diretas se tornam imprestáveis. No entanto, a disciplina das técnicas coercitivas indiretas encontrava um limite no princípio da intangibilidade da vontade humana, do qual decorria a característica de incoercibilidade. Já não é mais esse quadro que se apresenta à luz do processo civil contemporâneo. De um lado, há opção preferencial pela realização dos direitos na forma específica. Por outro lado, a incoercibilidade da vontade humana restou superada, razão pela qual as técnicas coercitivas indiretas resgataram seu espaço próprio, qual seja: meio de coerção para atuação da sanção na forma específica. Porém, a eficácia potenciada da técnica coercitiva indireta implica na possibilidade de sua adoção para a efetividade nos casos em que o comando sancionatório remete para o ressarcimento pelo equivalente em pecúnia. Portanto, o campo de cobertura das técnicas coercitivas indiretas deixou de ser restrito ao campo das obrigações de fazer infungível, e, mesmo ao campo das obrigações de fazer ou não fazer, para atingir um campo de cobertura completo das prestações de dar, fazer, não fazer e às pecuniárias por equivalência.

É oportuno dizer que, na medida em que o campo da tutela executiva resta configurado pelas técnicas coercitivas diretas, nem seria necessário esclarecer que as hipóteses coercitivas indiretas não se revestem de natureza executiva. Para alguns, no entanto, tratar-se-ia de execução indireta.³⁰⁸ Mas, para a doutrina majoritária, fiel às lições de Liebman, não haveria propriamente execução, pois só há atividade executiva mediante a adoção de meios sub-rogatórios que substituem a vontade do devedor, ou seja, mediante a efetivação da sanção executiva independentemente da vontade do devedor, para conseguir, por meio do processo, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida.³⁰⁹⁻³¹⁰⁻³¹¹

³⁰⁸ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

³⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*, p. 4.

³¹⁰ Para Chiovenda há atuação executiva tanto através dos meios de sub-rogação, quanto pelos meios de coação. Tanto um quanto outro seriam meios executivos, ou seja, “medidas que a lei permite aos órgãos jurisdicionais pôr em prática para o fim de obter que o credor logre praticamente o bem a que tem direito.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições*, p. 287-288).

Eduardo Talamini traça uma distinção entre a potencialidade de caracterização de “afronta à autoridade estatal” e a técnica processual coercitiva indireta. É que, a rigor, a afronta à autoridade estatal pode caracterizar o crime de desobediência, para o qual há previsão de sanção penal ou administrativa. A técnica de coerção indireta (quer seja multa quer seja privação de liberdade) é um “mecanismo de indução da conduta do destinatário” o que “presta-se a cancelar a autoridade estatal do ato que a veicula.”³¹²

Eduardo Talamini examina o problema das técnicas coercitivas indiretas, a exemplo das técnicas coercitivas diretas, sob o prisma do fenômeno sancionatório, nos quais se localizam os mecanismos sancionatórios mediante técnicas de “indução”. Para Talamini: “os *mecanismos indutivos* prestam-se a influenciar psicologicamente o sancionado, para que ele mesmo adote a conduta pretendida pela ordem jurídica.”³¹³

Portanto, os denominados mecanismos indutivos, sob o prisma do fenômeno sancionatório, correspondem às técnicas coercitivas indiretas, aqui mencionadas. Tanto é que Eduardo Talamini esclarece que a função dos mecanismos indutivos é “induzir o comportamento do sujeito, mediante a ameaça de um mal caso ele

³¹¹ Carnelutti destacou o caráter híbrido dessas medidas, comparando-as com a “*estrutura*” e a “*função*” da “*execução*” (por sub-rogação, “*restituição*”) e da “*pena*” (“*punição*”, “*penitência*”).⁽³⁾ Sob o aspecto funcional, a “*execução*” é meio adotado a fim de que se atinja a situação a que o direito tende com o comando desobedecido; a “*pena*”, ao invés, emprega-se porque aquela situação não se verificou. A “*execução*”, em outros termos, visa à satisfação do direito violado; a “*pena*” impõe uma aflição em virtude da violação. Estruturalmente, a “*execução*” sacrifica o mesmo interesse (ou interesse equivalente ao) que se afetaria caso observado o comando; a “*pena*” golpeia um interesse diverso. A medida coercitiva constitui um terceiro gênero, entre a “*pena*” e a “*execução*”. Apresenta em comum com a “*pena*” sua estrutura, pois recai sobre bem do devedor diferente daquele que é objeto do dever violado. Já funcionalmente, identifica-se com a “*execução*”: tem finalidade satisfativa, antes que aflitiva” (CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 23-27; *Sistema*, p. 22-24).

³¹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 191: “Não se trata de comando necessariamente dirigido a órgão ou agente do Estado: também ao particular pode ser dirigido um mandamento.”

³¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 169.

desrespeite um comando, ou através da promessa de um bem para a hipótese de cumprimento voluntário.” Em seguida, apresenta uma classificação para as medidas indutivas, as quais podem ser “*positivas e negativas*. Essas são tradicionalmente denominadas “meios coercitivos” (ex.: multa diária, prisão civil); aquelas dão operatividade a sanções positivas (ex.: incentivos fiscais; isenção de custas e honorários em caso de cumprimento espontâneo de determinadas decisões judiciais: CPC, art. 1.102c, § 1º, Lei 8.245, art. 61).”³¹⁴ É claro, porém, que o fato de Talamini referir-se à mecanismos indutivos negativos como aqueles que “tradicionalmente são denominados ‘meios coercitivos,’ não implica na redução desses meios aos fenômenos sancionatórios negativos, razão pela qual, no presente trabalho, a locução “meios coercitivos” corresponde, a rigor, ao gênero consistente nas técnicas coercitivas, do qual são espécies tanto as técnicas coercitivas indiretas quanto as técnicas coercitivas diretas.

Eduardo Talamini apresenta, ainda, *a priori*, uma “sub-divisão entre providências indutivas materiais e ideais – conforme a consequência benéfica ou prejudicial prometida ou ameaçada fosse realizável através de atos materiais (ex.: o desfalque patrimonial, na multa diária; o benefício tributário) ou meramente ideais (ex.: a perda de um *status* jurídico, como a excomunhão, no direito canônico; a concessão de título honorífico).” Porém, Talamini desiste dessa sub-divisão, opondo-lhe “duas ressalvas”: a primeira, pelo fato de que, segundo ele, “freqüentemente, a consequência ideal é, por sua vez, geradora de outros efeitos práticos, que exigem efetivação material – e comumente são esses que influenciam a vontade do destinatário da sanção (era o que ocorria com a excomunhão, por exemplo, em épocas pretéritas). Depois – e mais importante – a prévia advertência concreta da vantagem ou desvantagem, para assim influenciar o destinatário da sanção, é materialmente exteriorizável. E esse é o *núcleo da providência indutiva*. Vale dizer, a indução sempre opera pela prática de atos fisicamente tangíveis.” Comunica-se previamente ao sujeito que, se ele adotar determinada conduta, sofrerá

³¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 169.

uma consequência positiva (prêmio) ou negativa (medida coercitiva). A medida indutiva, sob esse prisma, sempre é material.”³¹⁵

Parece transparecer, em breve análise ao escólio de Talamini, que faltou ao processualista maior clareza do que se deve, de fato, compreender por aplicação da sanção, ou seja, a sua individualização para caso concreto (concretude), que se faz mediante provimento jurisdicional, que não deixa de ser um ato material, porém, não no sentido de realização da ação de direito material. Isso porque, a rigor, o que ocorre é a prescrição concreta da conduta ilícita (desobediência da ordem) e a prescrição da consequência jurídica (sanção).

3.2.2.1 Espécies de técnicas coercitivas indiretas

Por fim, resta esclarecer as técnicas coercitivas indiretas, em espécie, quais sejam: *a)* técnica coercitiva indireta consistente em sanção pecuniária; *b)* técnica coercitiva indireta consistente em sanção de privação de liberdade; *c)* técnica coercitiva indireta consistente em sanção criminal, tanto de natureza comum ou de responsabilidade, administrativa (perda de cargo), quanto política (impedimentos).

A técnica coercitiva indireta consistente em sanção pecuniária, caracteriza-se pela imposição de multa diária ao réu, inclusive de ofício, destinada a pressioná-lo ao adimplemento. Afirmar Marinoni que “a multa, ou coerção indireta, implica ameaça destinada a convencer o réu a adimplir a ordem do juiz.”³¹⁶

José Carlos Barbosa Moreira alude à ameaça de dano pecuniário grave ao devedor, com o intuito de pressioná-lo ao adimplemento. Assim se manifesta:

[...] pode-se recorrer no direito brasileiro, à ameaça de dano pecuniário, grave bastante para que o devedor, na contingência de

³¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 169.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 72.

optar entre sofrer o dano e cumprir a obrigação, seja levado a escolher o segundo termo da alternativa, razão pela qual não há cogitar de proporcionalidade entre o valor de um e o de outra.³¹⁷

É importante lembrar, como faz José Carlos Barbosa Moreira, que a técnica coercitiva indireta consistente em sanção pecuniária, “para mostrar-se praticamente eficaz deve observar dois requisitos: a) não ficar o valor respectivo sujeito a limite prefixado, que coincida com o da obrigação; b) aplicar-se desde logo, uma vez descumprida a ordem.”³¹⁸

A técnica coercitiva indireta consistente em sanção de privação de liberdade, atua como meio coercitivo destinado a dar efetividade às decisões jurisdicionais, à medida em que pressiona psicologicamente o devedor, esperando que ele mesmo satisfaça a obrigação. A ameaça da sanção consistente na privação da liberdade coloca o devedor entre duas alternativas: ou cumpre por ato próprio a prestação devida, ou sujeita-se à sanção, privação da liberdade.

A técnica coercitiva indireta consistente em sanção criminal comum ou de responsabilidade, pode ser visualizada pelo fato de que, entendendo-se por técnica coercitiva indireta, a medida jurídica sancionatória que atua sobre a vontade do sujeito no sentido de realizar o resultado preordenado no plano do direito substancial, resta equiparada a técnica coercitiva indireta em sentido estrito (correspondente aos meios de coerção), com a técnica coercitiva indireta em sentido amplo, com o que resta configurada como técnica coercitiva indireta a sanção criminal, como meio de coerção civil.

A ameaça de sanção criminal, como meio coercitivo civil foi objeto de consideração na Itália, por Carnelutti,³¹⁹ Giuliano Vassali,³²⁰ Proto Pisani.³²¹ No

³¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 252.

³¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 39

Brasil, Barbosa Moreira,³²² Luiz Guilherme Marinoni,³²³ Priscila Corrêa Fonseca,³²⁴ Donaldo Armelin,³²⁵ Francisco Carlos Duarte,³²⁶ Kazuo Watanabe,³²⁷ Jorge de Oliveira Vargas³²⁸ dentre outros, referem-se também à sanção criminal como meio coercitivo civil indireto.

Alguns apontam o óbice constitucional consistente na vedação imposta pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, à prisão civil, salvo os casos de inadimplemento decorrente de obrigação alimentar e depositário infiel. No entanto, não se trata de apregoar a prisão por dívida, mas a prisão por descumprimento de ordem judicial, autorizada pelo art. 330 do Código Penal. Trata-se de medida extrema que tem caráter coativo e não punitivo.

A esse respeito pondera José Carlos Barbosa Moreira:

[...] convém lembrar a possibilidade de sujeitar-se o réu recalcitrante a sanção criminal. Com efeito, o art. 330 do Código Penal prevê, sob o *nomen iuris* de ‘desobediência’, delito consistente em ‘desobedecer a ordem legal de funcionário público’ [...] A despeito

³¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo*, p. 248.

³²⁰ VASSALI, Giuliano. *La mancata esecuzione*, n. 26, p. 74.

³²¹ PISANI, Andrea Proto. *La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell’ordinamento italiano*. *Revista de Processo*, n. 90, p. 202 e ss.

³²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas, p. 39

³²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 133.

³²⁴ FONSECA, Priscila Corrêa. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 295.

³²⁵ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 136.

³²⁶ DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, n. 70, 1993, p. 220.

³²⁷ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 503-504.

³²⁸ VARGAS, Jorge de Oliveira. *As consequências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001.

de valiosas opiniões em contrário, parece correto entender-se que a expressão ‘funcionário público’, no texto em foco, abrange o juiz, em consonância com a definição larga do art. 327 [...] Se assim é, não resta dúvida de que a ameaça de punição a tal título, mediante processo-crime, pode assumir força de coerção ponderável sobre o ânimo do réu, induzindo-o ao cumprimento do preceito emitido pelo órgão judicial.³²⁹

Os autores que admitem a prisão, são unânimes em lembrar a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro, que ressenete-se da falta de mecanismo coercitivo idêntico àquele existente no direito anglo-americano, denominado *contempt of court*, o qual dá ensejo à aplicação de multa ou prisão, para os casos de descumprimento de ordens judiciais, o qual tem natureza coercitiva e não punitiva, cuja finalidade é pressionar o réu ao adimplemento. A sanção é imposta pelo fato do desrespeito à Corte.

Não se pode perder de vista, por fim, que com a nova redação dada ao art. 14 do Código de Processo Civil, pela Lei 10.358/2001, restou positivado no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de aplicação de “sanções criminais, civis e processuais”, àquele que não “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais” ou ainda, “criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final”, conforme inciso V e Parágrafo único.

4. A técnica dos provimentos jurisdicionais

No que tange ao exame da efetividade da tutela jurídica à luz da técnica dos provimentos jurisdicionais impõe-se esclarecer que o termo provimento jurisdicional corresponde, em parte, ao que até aqui se veio denominando “instrumentos processuais”. Portanto, impõe-se deter, num primeiro momento, no conceito de provimento, para, num segundo momento, examinar o problema conceitual dos provimentos jurisdicionais e, num terceiro momento, o problema de sua classificação.

³²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas, p. 39.

4.1 O conceito de provimento

Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco, “provimento é ato imperativo do poder em situações concretas.”³³⁰ Portanto, “Trata-se, portanto, de conceito amplo de direito público, não estritamente confinado ao processo jurisdicional”.³³¹ Nesse sentido, “Uma sentença é provimento e a ordem para entregar o bem ao credor na execução também o é – tanto é provimento ainda o ato de nomeação de funcionário público ou o julgamento de uma licitação pública (provimentos administrativos).”³³²

A locução provimento jurisdicional, tem o caráter abrangente das modalidades de sentença, decisão interlocutória simples, decisão interlocutória mista, que se consubstanciam em atos dos juízes que visam atender a pretensão das partes. A adoção dessa locução tornou-se mais adequada com a possibilidade de provimentos mandamentais como meras medidas tomadas no curso do processo, na forma positivada na Lei 10.358 /2001, a qual, seguindo a orientação da efetividade, deu nova redação ao art. 14 do Código de Processo Civil.³³³

4.2 O problema conceitual dos provimentos jurisdicionais

O problema conceitual dos provimentos jurisdicionais à luz da superação desses pressupostos pelo processo civil contemporâneo. O problema conceitual dos provimentos jurisdicionais³³⁴ Na raiz do problema conceitual dos provimentos jurisdicionais, e sua classificação, constava-se sua matriz consistente na

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*. v. I p.147.

³³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*. v. I p.147.

³³² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*. v. I p.147.

³³³ Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:
V – cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

³³⁴ Para fins deste trabalho, a locução provimentos jurisdicionais corresponde aos instrumentos processuais de tutela.

compreensão do que se entendia por tutela jurisdicional, para, após, examiná-la à luz da proposta dogmática adotada nesse trabalho. Para tanto, impõe-se considerar que a tutela jurisdicional sempre foi considerada como um resultado. Na concepção chiovendiana, a tutela jurisdicional – a ação e processo – encontrava sua autonomia no fato da produção de efeitos materiais pelos provimentos jurisdicionais, o que implicava na classificação das tutelas jurisdicionais a partir dos efeitos materiais produzidos pela sentença.

4.3 Classificação dos provimentos jurisdicionais à luz da sua aderência ao direito substancial

4.3.1 Considerações preliminares

O problema da classificação dos provimentos jurisdicionais já foi objeto de profundas divergências na seara processualista pátria e alienígena. No Brasil, numa perspectiva mais recente, esse problema pode ser visualizado à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico; e o problema conceitual dos provimentos jurisdicionais e sua classificação à luz da superação desses pressupostos pelo processo civil contemporâneo.

Para Chiovenda, as sentenças do processo de conhecimento pertenceriam a três classes (declaratória, constitutiva condenatória). Essa classificação trinária, ou clássica, foi adotada majoritariamente pelos processualistas brasileiros, com reflexo no modelo processual positivo. Liebman, não só admitia o critério do resultado consistente nos “efeitos materiais das sentenças”, conforme o modelo científico proposto por Chiovenda, como, também, condicionava a existência da tutela jurisdicional ao “resultado favorável.” Para uma correta compreensão da classificação trinária, impõe-se considerar que a mesma obedecia um padrão de distinção entre condenação e execução, onde a execução somente era viabilizada mediante a existência de um título executivo (*nulla executio sine titulo*), reservando-se ao processo de conhecimento (em especial à sentença condenatória), a função de

criação de um título executivo, mediante um procedimento de cognição plena e exauriente, com contraditório antecipado.

Numa posição diametralmente oposta, Pontes de Miranda negava validade científica ao binômio cognição-execução e sua respectiva consequência na separação entre processo de conhecimento e processo de execução, ao mesmo tempo em que negava validade à classificação trinária chiovendiana. Para Pontes de Miranda, a classificação científica das ações deveria obedecer ao critério da carga de eficácia preponderante, na medida em que compreendia que todas as sentenças apresentavam cinco cargas de eficácias simultâneas, dentre as quais deveria ser identificada a que preponderasse, a fim de classificar as sentenças (e as ações). Com isso, no plano doutrinário, a classificação pontiana, ou quinária, ou, ainda, do quinze constante, contrapôs-se à classificação trinária. Na classificação quinária, comparecem as três espécies referidas na classificação trinária (declaratória, constitutiva, condenatória), com acréscimo de mais duas espécies: mandamental e executiva *lato sensu*.³³⁵ Mas não se pode negar que a construção de provimentos mandamentais e executivos “*lato sensu*” era feita com o sacrifício do campo de cobertura da sentença condenatória. A rigor, a análise da tutela jurisdicional sempre ficou restrita aos efeitos ou eficácias mencionados, proporcionando disputa entre trinários e quinários. Mas, para a correta compreensão na forma delineada pela doutrina, mencione-se Marinoni, segundo o qual:

Quando estão em jogo as tutelas que podem ser prestadas pelas sentenças, não se está falando de algo que pertence ao plano do direito material, pois, como já foi dito, a preordenação da devida modalidade de sentença e dos adequados meios de execução é imprescindível para o surgimento da adequada tutela jurisdicional do direito.³³⁶

³³⁵ Conforme anota Ovídio Baptista da Silva “ [...] a quebra da ordinariedade somente poderia dar-se com as ações que contivessem em sua estrutura eficaz, simultaneamente, cognição e atividade *lato sensu* executiva” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *(Comentários ao código de processo civil)*. v. XI. 2. ed. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986, p. 37).

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 63.

Conforme escólio de Donaldo Armelin:

[...] a tutela jurisdicional se apresenta como a contrapartida do direito, ou melhor, poder de provocar a atuação da jurisdição, se enfocada pelo ângulo de quem se requer. Se, ao revés, vier a ser apreciada pela ótica do seu prestador, será obviamente a atividade do Poder Judiciário desenvolvida, em esfera que lhe é normalmente adstrita com exclusividade, a partir, geralmente, de provocação da parte ou interessado. Nesse último sentido, a tutela jurisdicional consubstancia-se nos [...] atos mediante os quais se atende a pretensão da parte [...], assim caracterizados: “Declaração, constituição, condenação, comandos judiciais e atos de satisfação ou de asseguramento são resultados da prestação jurisdicional, que não comportam, em regra, considerando-se sua abrangência, efeitos parelhos mas diferenciados.”³³⁷

Portanto, o problema dos provimentos jurisdicionais se localiza no âmbito da tutela jurisdicional em sentido estrito, nos termos da proposta metodológica de seu isolamento do sentido de tutela jurisdicional em sentido amplo. Assim, não é o resultado no plano do direito substancial o que aqui se trata. Mas a técnica processual adequada para a obtenção do resultado

4.3.2 Técnica de provimento jurisdicional declaratória

Nos termos do artigo 4º, do Código de Processo Civil, a tutela jurisdicional declaratória é aquela destinada a, simplesmente, declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (Art. 4º, I) ou a autenticidade ou a falsidade de um documento (Art. 4º, II), a qual é admissível “ainda que tenha ocorrido a violação do direito”. A partir dessas regras, a doutrina, de um modo uniforme, faz a ligação direta entre tutela declaratória e sentença declaratória, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco:

A sentença declaratória [...] se limita à mera declaração, sem nada lhe acrescentar. É de sua essência e natureza a afirmação ou negação

³³⁷ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, jun. 1985, p. 111.

da existência de uma relação jurídica, direito ou obrigação, ou a de seus elementos e quantificação do objeto. O resultado da sentença declaratória, seja positiva ou negativa, é invariavelmente a certeza – quanto à existência, inexistência ou valor de relações jurídicas, direitos e obrigações.³³⁸

No entanto, essa correlação já não pode ser aceita de modo simplista. Em primeiro lugar, porque essa correlação pressupõe que alguém proponha demanda visando a declaração. Isso nem sempre ocorre. Veja-se, por exemplo, que na hipótese do art. 811, parágrafo único, há o emprego de uma técnica declaratória mediante a atribuição de um efeito material secundário à sentença prolatada no processo cautelar, a qual decreta sua extinção. Logo, o problema da tutela declaratória não pode ser tratado somente no campo da sentença declaratória no processo de conhecimento. Por outro lado, há o problema da técnica declaratória no procedimento monitório, o qual merece uma reflexão: Em razão da natureza da cognição no procedimento monitório, o mandado de pagamento ou de entrega de coisa fungível é precedido de uma declaração de probabilidade da existência do direito do autor. Não se trata de mero “juízo de probabilidade”, porque, a rigor, se não houver a interposição dos embargos ao mandado injuncional, não haverá mais necessidade de cognição, e, de conseqüência, de declaração. Por outro lado, se houve a interposição dos embargos ao mandado injuncional, então haverá cognição, mas, mesmo assim, se forem rejeitados os embargos, não haverá declaração sobre a existência do direito do autor: aquela declaração de probabilidade converte-se em declaração de certeza. Eis, pois, dois exemplos em que a técnica de provimento jurisdicional declaratória é utilizada de um modo diferente daquele em que se restringe a sua regulamentação enquanto “ação declaratória” e “sentença declaratória”.

Por outro lado, não se pode negar que o sistema processual civil brasileiro trabalha com a técnica declaratória como efeito material secundário da sentença

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 219.

penal condenatória. Tanto que a admite como “título executivo judicial”, ou, melhor, como título que permite a abertura da via da liquidação para fins de apuração da extensão do dano e fixação das sanções civis correspondentes: ressarcimento do dano pelo equivalente em pecúnia ou ressarcimento do dano na forma específica, ou, ainda, sanção de segurança de natureza satisfativa ou cautelar).

Na doutrina, há referência à função preventiva da tutela declaratória.³³⁹⁻³⁴⁰ Diante da assertiva de que tutela declaratória exerce função preventiva, impõe-se examinar em que termos a exerce, em especial no que tange a evitar o ilícito (não-violação do direito) e o dano dele decorrente. O problema da função preventiva da tutela declaratória justapõe-se ao problema próprio da função declaratória da tutela normativa, por dependerem, ambas, da colaboração daquele cuja conduta é esperada.

Assim, enquanto a tutela normativa estabelece a favor do sujeito uma posição de vantagem em relação ao bem da vida, a tutela declaratória estabelece a certeza de sua posição de vantagem em relação ao bem.³⁴¹ Porém, nenhuma das duas assegura o resultado preordenado no plano do direito substancial caso não haja a colaboração do sujeito cujo interesse resta subordinado.

No entanto, Pontes de Miranda já afirmara:

Tampouco se considere a ação declaratória como ação preventiva de litígios [...] Não há preventividade nas ações declarativas: não se está a resguardar exercício de algum direito, pretensão, ação ou exceção, nem se previne dano que pode ocorrer; apenas se pede a declaração. No que concerne a ações futuras, a sentença tem a

³³⁹ LOPES, João Batista. Medidas cautelares inominadas. *Revista dos Tribunais*, n. 605, p. 14.

³⁴⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 12-31.

³⁴¹ Conforme Anotam: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 133 e seguintes; MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, p. 27; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 190.

autoridade de coisa julgada material, que é a eficácia preponderante da ação declarativa.³⁴²

De fato, a ameaça que justificaria o interesse processual na tutela declaratória é a ameaça ou temor de ser ameaçado, com a propositura de uma outra demanda, ou a sujeição ao exercício da pretensão material por parte de quem se acha titular do direito. Isso porque, esses termos, por si, já constituem em “atitude de outrem” que “fere a esfera jurídica do autor.”³⁴³

A tutela declaratória, segundo Luiz Guilherme Marinoni, “é incapaz de obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer alguma coisa em virtude da declaração que contém.”³⁴⁴ E mais:

A tutela declaratória, porém, ao mesmo tempo em que não interfere nas relações privadas, não permite que seja inibida a prática do ilícito, deixando uma série de direitos – de grande importância dentro do contexto do Estado Social – sem resposta jurisdicional adequada e efetiva.³⁴⁵

Daí, sempre oportuna a lição de José Carlos Barbosa Moreira, ao afirmar que:

É possível que ela desempenhe praticamente a aludida função, desde que a parte vencida saia também convencida e resolva a cumprir a obrigação em tempo oportuno. Como meio de intimidação, e pois de coerção, todavia, o remédio é fraco: basta pensar que, na eventualidade de inadimplemento, o titular do direito lesado terá de voltar a juízo para pleitear a condenação do infrator, ao qual se concede assim uma folga em boa medida tranquilizadora.³⁴⁶

³⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 9.

³⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. II, p. 9.

³⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 190.

³⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 275.

³⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, p. 27.

Nesses termos, fica evidenciado que a tutela declaratória não se afigura adequada para a efetiva prevenção do ilícito ou do dano. Mas o esse problema não se exaure só nesses termos. Num sistema processual marcado pela efetividade, como o sistema processual brasileiro contemporâneo, o problema da tutela declaratória necessita de revisitação. Se não fosse pelas razões apontadas, seria, pelo menos, pelo fato de que, conforme adverte João Batista Lopes, podem ser objeto de ação declaratória tanto as relações jurídicas presentes, pretéritas ou futuras.³⁴⁷ Num sistema em que se admite a declaratória negativa ou positiva, e, ainda, a declaração referente situação presente, atual ou futura, pode ocorrer a desnecessidade de uma tutela preventiva satisfativa imediata. No entanto, pode ocorrer essa necessidade no curso da demanda. E, aí, a solução não seria a de remeter a um novo processo, mas a de admitir o julgamento da demanda nos termos em que se encontra, com a aplicação do artigo 462, do Código de Processo Civil.³⁴⁸

Por outro lado, na exata medida em que se propugna pela superação do princípio *nulla executio sine titulo*, estabelecendo a necessidade de compreensão do conceito de título executivo, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo, não se pode descartar a solução mais adequada consistente na agregação da eficácia executiva a uma sentença meramente declaratória, porque, a rigor, a lei pode atribuir eficácia executiva a qualquer fato idôneo a permitir o desencadeamento da atividade executiva. Não se pode negar, portanto, que um provimento declaratório possa ser dotado de eficácia executiva, porque, a rigor, é uma fato ao qual poder ser agregada a eficácia executiva. Portanto, a referência à técnica de provimento jurisdicional declaratória não se restringe ao problema da sentença declaratória.

³⁴⁷ LOPES, João Batista. *Ação declaratória*, p. 61.

³⁴⁸ Essa questão mostra-se delicada à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, já que incidiria o princípio da correlação entre a demanda e a sentença como regra geral, ao lado do princípio da estabilidade objetiva e subjetiva da relação processual. Portanto, a regra do *ius superveniens* seria uma exceção. No entanto, a dinamicidade e complexidade da vida pós-moderna impõe a compreensão da relativização dos princípios processuais, em especial os que restaram delineados à luz dos pressupostos

4.3.3 Técnica de provimento jurisdicional constitutiva

Para Cândido Rangel Dinamarco, “a tutela jurisdicional constitutiva consiste em dar efetividade ao direito do autor à alteração de uma situação jurídico-material que ele não deseja e pretende eliminar.”³⁴⁹ E complementa no sentido de que “e a ordem jurídica substancial que lhe confere o direito subjetivo a modificações dessa ordem, não a lei do processo.”³⁵⁰

A alteração de uma situação jurídico-material, a que se refere Cândido Rangel Dinamarco, consiste em criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica. Daí, falar-se em constitutiva positiva, modificativa ou negativa, conforme a alteração jurídico-material proporcionada pelo provimento jurisdicional. Uma visão mais consentânea da realidade que envolve a técnica jurisdicional constitutiva foi proporcionada por Cândido Rangel Dinamarco, o qual refere-se à crise da situação jurídica, que, segundo ele se, instala quando:

O sujeito, desejando uma dessas alterações substanciais, não a obtém porque a pessoa que poderia oferecer-lhe tal resultado não lho oferece [...] ou quando a ordem jurídica impede que o resultado seja obtido por consenso das partes e assim exige que só por sentença judicial isso aconteça. Na primeira hipótese, diz-se voluntário o ingresso na Justiça para obter a alteração pretendida e, na segunda, necessário.³⁵¹

E, conclui, no sentido de que, em ambas as hipóteses, ou seja, das constitutivas voluntárias ou constitutivas necessárias:

A busca da alteração desejada é sempre um ato da vontade do sedizente titular do direito a ela, ao qual se permite tomar a iniciativa

teóricos do processo civil clássico. E isso é suficiente para uma sugestiva revisitação do problema em sua concepção atual.

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. p. 249.

³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 249.

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 250.

judicial ou resignar-se a não obter tutela alguma; conceituam-se esses direitos subjetivos materiais, em face disso, como direitos potestativos.³⁵²

No entanto, embora tenha apontado para uma compreensão mais consentânea com a técnica de provimento jurisdicional constitutiva, Cândido Rangel Dinamarco acaba referindo-se à sentença constitutiva, conceituando-a como “a decisão judiciária de mérito que reconhece o direito do autor à alteração pedida e realiza ela própria a alteração.”³⁵³

Na sequência, Cândido Rangel Dinamarco, a exemplo do pensamento corrente uniforme, ressalta o valor prático da “sentença constitutiva”:

O grande valor prático da sentença constitutiva é sua eficácia própria, capaz de outorgar ao beneficiário a alteração jurídico-substancial desejada, automaticamente, sem depender de uma prestação de quem quer que seja e, por isso, sem jamais necessitar de complementação mediante os atos de uma execução forçada.³⁵⁴

No entanto, o fenômeno disciplinado no âmbito da técnica de provimento jurisdicional constitutivo, a exemplo técnica de provimento jurisdicional declaratória, não se exaure no âmbito da sentença constitutiva.

4.3.4 Técnica de provimento jurisdicional condenatória

A técnica de provimento jurisdicional condenatória é a que mais tem sido objeto de discussão, a propósito da função segundo a qual lhe restava reservada enquanto sentença condenatória: aplicação da sanção processual executiva, o que significava tornar adequada a via executiva. Mas, essa função não era exclusiva do fenômeno jurisdicional, porque, a rigor, o legislador poderia atribuir eficácia executiva, ou seja,

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 250.

³⁵³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 252.

aplicar a sanção executiva, a qualquer fato, a exemplo do que ocorre com os inúmeros títulos executivos extrajudiciais.

No que tange à sentença condenatória, a mesma vem sendo objeto de controvérsia há muito tempo. E, passados tantos anos, a situação não se mostra diferente. A tal ponto que hoje a sentença de se ação condenatória é classe de ação que se apresenta tanto na classificação clássica ou trinária quanto na classificação quinária ou quártupla. No entanto, há profunda divergência no que tange ao fundamento e função da sentença condenatória no plano da classificação trinária em relação à classificação quinária. E essa divergência decorre do fato de que, a rigor, tanto a sentença mandamental quanto a executiva *lato sensu*, avançam no campo de cobertura próprio do provimento condenatório. Por essa razão, os esforços mais relevantes procuravam justificar a existência de categorias autônomas mandamentais e executivas *lato sensu* do que revisitar o problema conceitual do provimento condenatório.

No que tange ao fundamento da ação condenatória, impõe-se desvendar o critério pelo qual pode-se aferir da necessidade, ou não, de uma ação condenatória. O ponto nodal da questão da divergência entre a classificação quinária e a trinária consiste no fato de levar, ou não, em consideração a natureza do direito, para fins de verificação da necessidade de um sentença condenatória.

Para Liebman, “indiferente é a natureza do direito do autor à coisa e da ação proposta inicialmente para conseguir a sentença: quer se trate de ação real ou pessoal, de ação petitória ou possessória; para o processo de execução só importa a existência de condenação a entregar o bem.”³⁵⁴ Já para Carnelutti, o fato do direito real do demandado constituía obstáculo para a agressão de seu patrimônio, cuja obstáculo impõe um processo autônomo de execução para a agressão do patrimônio

³⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III, p. 252.

³⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 328.

do devedor.³⁵⁶

A conclusão que se pode tirar disso tudo é a de que a sentença condenatória tem seu fundamento na necessidade enfrentada pelo poder jurisdicional de agredir o patrimônio legítimo do demandado, caso em que o ato executivo se há de transformar num processo autônomo. Em última instância, esse ato de agressão ao patrimônio do demandado, ao invés de simples ato do processo de conhecimento, transforma-se em processo autônomo.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco “a tutela que as sentenças condenatórias concedem consiste em afirmar imperativamente a existência do direito do autor e *aplicar a sanção executiva* (Liebman).”³⁵⁷ Portanto, a sentença condenatória torna adequada a via executiva, ou seja, a instauração do processo de execução autônomo, que depende da iniciativa da parte.

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco:

Ao declarar a existência do direito e *aplicar a sanção executiva*, a sentença condenatória está instituindo o título executivo, que é requisito sem o qual nenhuma tutela executiva será admissível (CPC, art. 583, 586 etc.). Daí terem as sentenças condenatórias um caráter *constitutivo* em sentido lato, consistente em criar essa nova situação jurídico-processual que é a admissibilidade da execução forçada (art. 584, inc. I).³⁵⁸

No mesmo sentido, afirmam Edson R. Malachini e Araken de Assis:

[...] a sentença preponderantemente condenatória apenas fornece a base (título executivo) para que, em processo subsequente, pratiquem-se aqueles atos materiais que poderão tornar efetiva a

³⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*. In: *studi di diritto processuale*. v. 2, 1928, p. 214 e ss.

³⁵⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 229.

³⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 229-230.

condenação, com a entrega ao credor do bem da vida objeto de sua pretensão.³⁵⁹

Bem se vê que a sentença condenatória não é adequada para satisfazer o direito, à medida em que apenas declara o direito e aplica a sanção executiva, tornando adequada a execução, onde o credor buscará, efetivamente, a satisfação de seu direito. Eis a razão pela qual entende-se que a eficácia executiva é apenas mediata.

Assim, com razão, afirma Cândido Rangel Dinamarco:

Com essa estrutura e essa eficácia, a sentença condenatória não é por si própria insuficiente para oferecer ao credor uma *tutela jurisdicional plena*: a satisfação do crédito só ocorrerá se o devedor atender ao preceito e cumprir a obrigação voluntariamente ou se depois forem desencadeadas sobre seu patrimônio as medidas inerentes ao processo executivo (contrições judiciais, alienação ou entrega de bens etc.).³⁶⁰

Daí, referir-se Dinamarco à “crise de adimplemento”, que segundo ele, “não fica debelada por essa sentença”, pois a tutela jurisdicional condenatória é “apenas parcial e a satisfação coercitiva do crédito só ocorrerá mediante a conjugação entre essa sentença e a execução forçada (daí, tutela condenatório-executiva).” E complementa, “não há tutela jurisdicional plena enquanto o direito não for satisfeito.”³⁶¹ Segundo Dinamarco, as coisas se passam assim, porque: “[...] a sentença condenatória não passa de uma *sentença de prestação* (Leistungsurteil), que não vai além da emissão de um preceito concreto a ser cumprido pelo obrigado.”

Portanto, fácil é concluir que a técnica de provimento jurisdicional condenatória não é adequada para a tutela dos direitos, por duas razões: a primeira, pelo fato de ser eminentemente repressiva, e como tal, não evita a violação ao direito, apenas repara

³⁵⁹ MALACHINI, Edson Ribas. ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48.

³⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 230.

o direito violado; a segunda, pelo fato de não realizar o direito, apenas declará-lo, para ser realizado em outro processo (de execução).

No entanto, isso não quer dizer muita coisa, na medida em que o sistema jurídico necessidade da disciplina do fenômeno sancionatório, o qual implica, em determinados casos, na atribuição de competência para aplicação da sanção processual. Logo, de um modo (técnica condenatória) ou de outro (técnica mandamental), ou, ainda, de outro (técnica executiva em sentido amplo), o fenômeno da técnica condenatória, enquanto fenômeno consistente na aplicação de sanção acaba permeando o sistema jurídico, na medida de sua natureza coercitiva e da necessidade de exercício legítimo da função de execução das sanções.

4.3.5 Técnica de provimento jurisdicional executiva

A técnica executiva, num sentido amplo, é um modo de proteção jurisdicional consistente na realização do direito mediante a técnica coercitiva direta, a qual caracteriza-se por prescindir da vontade do sancionado para obter a atuação da sanção. Eis, pois, a característica da técnica executiva, a qual, assim compreendida, corresponderia à tutela executiva. O que caracteriza os meios coercitivos diretos é a realização do direito em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que recebe esta qualificação, independentemente da vontade do devedor da prestação ou da abstenção.³⁶²

No que tange à técnica executiva, é importante frisar que, a superação do binômio-cognição execução, tornou possível delinear o trato da técnica executiva fora da seara própria do Processo de Execução ou da ação de execução. Nesse sentido amplo, o que interessa é a caracterização da técnica coercitiva direta como característica da tutela executiva, ou seja, como meio para a obtenção de um

³⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 230.

resultado que prescinde da vontade ou colaboração do devedor da prestação ou da abstenção. Portanto, o problema da técnica executiva pode ser delineado tanto a partir da “ação executiva quanto a partir da mera medida executiva.

Embora o campo da técnica executiva tenha se ampliado significativamente, a sua compreensão parte da noção de ato executivo. Para tanto, permita-se recorrer ao escólio de Pontes de Miranda,³⁶³ o qual, ao apresentar as “classificações principais dos fatos jurídicos”, elegia como critério de classificação “a carga de eficácia dos fatos jurídicos”: “A classificação segundo a carga de eficácia tem de atender a cinco espécies de efeitos: declarativo, constitutivo, condenatório, mandamental e executivo”. Em seguida, esclarecia: “Se cogitamos dos fatos jurídicos *stricto sensu*, ou eles constituem algo ou permite que se constitua, ou dão ensejo à condenação, ao mandamento, ou à execução”.

Em seguida advertia, com muita propriedade: “Por onde se vê que tais pesos de eficácia não são, como sempre se supôs, peculiares às ações e às sentenças”. Desse aspecto tão amplo das “cargas de eficácia dos fatos jurídicos *stricto sensu* não se cogita aqui, senão naquilo em que toca o problema da eficácia executiva relativa às atividades dos órgãos jurisdicionais, porque se trata, a rigor, do provimento jurisdicional mediante técnica executiva.

Assim, parece oportuno examinar a compreensão de ato executivo em Pontes de Miranda, para quem a eficácia executiva seria um dos efeitos dos fatos jurídicos *stricto sensu*, ou seja, para quem tinha uma visão realmente ampla e abrangente da perspectiva da eficácia executiva. Nesse particular, considere-se a compreensão de ato executivo em Pontes de Miranda,³⁶⁴ o qual é seguido por Ovídio Baptista da Silva:

³⁶² Com isso, firma-se o posicionamento no sentido da exclusão dos meios coercitivos indiretos, ou de indução psicológica, da seara executiva.

³⁶³ PONTES DE MIRANDA. Tratado das Ações, vol. 1, p. 7.

O ato executivo, que é o resultado final a que tende todo o processo de execução, corresponda ele a uma execução por créditos ou a uma forma de execução “*lato sensu*”, pode ser definido como ato por meio do qual o Estado, através de seus órgãos jurisdicionais, transfere algum valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, para a satisfação de uma pretensão a este reconhecida e declarada legítima pela ordem jurídica.³⁶⁵

Ovídio Baptista da Silva, examinando esse conceito, ao qual adere, esclarece que o conceito de ato executivo prima pela “natureza da mudança espacial de coisas e pelo ato estatal que “prescinde de qualquer colaboração voluntária daquele que sofre a atividade executória.”³⁶⁶ Assim, restaria reconhecido como *ato executivo* somente aquele em que se encontra a “natureza *satisfativa* da transferência que por ele opere de algum valor jurídico de um patrimônio a outro,” independentemente da colaboração do executado. Essa concepção o leva a não reconhecer como *ato executivo* as atividades materiais desenvolvidas pelo auxiliar do juízo incumbido do cumprimento da ordem de arresto, seqüestro ou qualquer outra medida cautelar constritiva.³⁶⁷ Da mesma forma, restariam excluídos, também, dessa categoria, os inúmeros instrumentos de que se vale o direito processual civil para induzir o condenado a satisfazer a obrigação reconhecida pela sentença.”³⁶⁸

³⁶⁴ PONTES DE MIRANDA. Tratado das Ações, vol. 1, p. 7.

³⁶⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 25-26.

³⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 25-26.

³⁶⁷ Segundo Ovídio Baptista: “É comum, na linguagem forense, dizer-se, por exemplo, que o arresto, ou o seqüestro, ou qualquer outra medida cautelar constritiva, foi “executada” através do ato de apreensão dos respectivos objetos, procedida pelo auxiliar do juízo incumbido da diligência. Segundo nosso conceito, porém, jamais poderá haver execução verdadeira no ato de cumprimento de uma medida cautelar, justamente porque, neste caso – embora haja deslocamento físico de algum objeto –, não há qualquer dose de *satisfatividade* no ato jurisdicional correspondente nem *transmissão de valor* do patrimônio a outro” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 26).

³⁶⁸ Para Ovídio Baptista: “Trata-se, aqui, da chamada ‘execução indireta’, e são inúmeros os instrumentos de que se vale o direito processual civil para induzir o condenado a satisfazer a obrigação reconhecida pela sentença. Incluem-se aqui todas as medidas de pressão psicológica exercida sobre o condenado para induzi-lo a satisfazer a condenação. Nestes casos, todavia, embora haja a coerção sobre o devedor, o ato que satisfaz a pretensão é ato voluntário de cumprimento, e não ato estatal que o substitua. A prisão do

No entanto, do exame do conceito de ato executivo, na forma proposta por Pontes de Miranda constata-se o aspecto muito amplo do ato executivo, quando afirma que o mesmo “transfere algum valor jurídico do patrimônio do demandado para o patrimônio do demandante, para a satisfação de uma pretensão a este reconhecida e declarada legítima pela ordem jurídica”. Ovídio Baptista da Silva não se ateve ao aspecto amplo do sentido “valor jurídico”, propondo uma redução de sua compreensão, quando ao tentar esclarecê-lo, limita-se a apontar-lhe, como característica, a “natureza da mudança espacial de coisas”. O termo “coisas”, aqui, não tem o mesmo significado da locução “valor jurídico”. Este sim, mais amplo. Se retomarmos a concepção chiovendiana de bem, onde estava compreendido “o gozo completo ou limitado de uma coisa exterior”, ou, ainda, “atividade alheia” e “a modificação do estado jurídico existente”,³⁶⁹ e, numa tentativa de aproximação com a noção de “valor jurídico” pontiana, vamos encontrar a possibilidade de eficácia executiva para além da “natureza de mudança espacial de coisas”, para compreender, de forma correta, a “natureza de mudança espacial de bens, em sentido amplo”. Pouco importa, nesse caso, que o “bem” consista numa “modificação do estado jurídico existente, que é o campo da eficácia constitutiva.

O que importa, para a caracterização de uma eficácia executiva, enquanto característica de um provimento jurisdicional, é que esse resultado “prescinde de qualquer colaboração voluntária daquele que sofre a atividade executória.” Portanto, cabe ressaltar, aqui, que o problema da eficácia executiva do provimento jurisdicional exige, necessariamente, um “deslocamento de valor jurídico”, ou seja, de um bem que esteja no patrimônio de um, para o patrimônio de outro, mediante provimento jurisdicional. Portanto, a técnica executiva, num sentido amplo, é um modo de proteção jurisdicional consistente na realização através de um provimento jurisdicional do direito mediante a técnica coercitiva direta, a qual caracteriza-se por

devedor de alimentos, prevista pelo art. 733, § 1º, do CPC, é um exemplo eloquente desta espécie de ‘execução indireta’ que, segundo o conceito por nós adotado, não caracteriza a verdadeira execução jurisdicional, justamente por ser voluntário o ato de satisfação da obrigação” (SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 26).

prescindir da vontade do sancionado para obter a atuação da sanção. Nesse sentido amplo, o que interessa é a caracterização da técnica coercitiva direta como característica da tutela executiva, ou seja, como meio para a obtenção de um resultado que prescinde da vontade ou colaboração do devedor da prestação ou da abstenção.

Para que essa afirmativa assim tão ampla não preste um desserviço à necessária precisão terminológica, faz-se necessária três advertências: a primeira, no sentido de que a correta compreensão da tutela executiva pressupõe a superação da redução do fenômeno executivo apenas à execução por créditos. Essa superação de natureza jurídico-dogmático, decorre da opção pela realização do direito na forma específica, com a introdução de meios sub-rogatórios atípicos (Art. 461, § 5º, Código de Processo Civil).

A segunda advertência é no sentido de que a adoção da técnica coercitiva direta não é um fenômeno restrito ao campo das tutelas satisfativas, já que essa técnica pode ser utilizada com outra finalidade (como tutela de simples segurança). Não se pode negar que um ato de arresto ou seqüestro como medida de simples segurança implica num ato material consistente numa coerção direta que atua um direito independentemente da vontade do sujeito. No entanto, a finalidade do ato, em si, é de natureza não-satisfativa, ou seja, de simples segurança ou, ainda, cautelar.

A terceira advertência no sentido de que deve ser afastada a compreensão redutiva do fenômeno executivo apenas para a tutela sancionatória de cunho repressivo do dano. Disso decorrem duas conseqüências: a primeira, no sentido de que a técnica executiva pode ser adotada como meio de tutela voltada contra o ilícito. Como tutela voltada contra o ilícito, a técnica executiva pode ser adotada com a finalidade satisfativa; a segunda conseqüência, no sentido de que a técnica executiva

³⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 26.

pode ser adotada com a finalidade preventiva satisfativa e com a finalidade preventiva cautelar.

Insta salientar que a correta compreensão da tutela executiva exige a compreensão da superação do pressuposto teórico que proporcionou a redução do fenômeno executivo à execução por créditos. Isso porque, numa perspectiva de plenitude de instrumentos processuais flexíveis, não há espaço para a compreensão redutiva do fenômeno executivo apenas para a tutela sancionatória de cunho repressivo do dano. Isso significa que pode ser adotada técnica executiva com finalidade preventiva satisfativa voltada contra o ilícito e técnica executiva com finalidade preventiva cautelar.

No que tange a discussão em torno da superação do binômio cognição-execução, Ovídio Baptista da Silva faz a seguinte indagação?

Como manter a coerência de qualquer classificação quando se busca catalogar ações e sentenças que contenham *misturadas* as duas funções em que a jurisdição se divide – a cognição e a execução – dentro de um esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções apresentem-se misturadas, separando radicalmente o *conhecimento* e a *execução*? ³⁷⁰

E, acrescenta Ovídio Baptista da Silva:

Se seguissemos a orientação tradicional, reintroduzindo no processo de conhecimento as ações executivas “*lato sensu*” e mandamentais, a função de pura declaração a que este serve é que ficaria prejudicada. Neste caso, para salvar o preconceito de que toda execução é sempre uma execução por créditos, violentar-se-ia o processo de conhecimento. ³⁷¹

³⁷⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 23.

³⁷¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da *Curso de processo civil*. v. 2, p. 23.

O problema enfrentado por Ovídio Baptista da Silva, consistente no “esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções – cognição e execução – apresentem-se misturadas – desapareceu com a reforma processual de 1994. Tanto que, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Percebe-se que a própria letra dos arts. 461 e 84, no sentido de que o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, indica que a intenção do legislador foi a de criar uma ação em que o conhecimento e a execução se misturam, e na qual é viável a tutela do direito independentemente do ajuizamento da ação de execução.³⁷²

O próprio Ovídio Baptista acabou por sustentar que:

A introdução em nosso direito de uma forma de tutela antecipatória – tão extensa quanto o permite a sua conceituação, como tutela genérica e indeterminada – invalida todos os pressupostos teóricos que sustentam o processo de conhecimento, pois as antecipações de julgamento, idôneas a provocarem tutela antecipatória, pressupõem demandas que contenham conjugadas e simultâneas, *as atividades de conhecimento e de execução*.³⁷³

Assim, não pode mais restar dúvidas quanto à superação do binômio cognição-execução. A tutela executiva, por sua vez, deve ser compreendida a partir das técnicas de execução previstas no ordenamento jurídico, pois segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Há direitos que podem ser tutelados através do binômio “condenação + execução por sub-rogação” e outros que, muito embora necessitando de uma atividade material a ser praticada por um auxiliar do juízo, não se compadecem com a técnica processual; é o caso da tutela de reintegração de posse, de demolição de obra construída em desacordo com a legislação, etc.³⁷⁴

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 77.

³⁷³ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da Silva. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 127-128.

³⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 76.

Em seguida, acrescenta:

Entretanto, como a condenação é apenas uma técnica de tutela, nada impede que o legislador preveja, ao seu lado, outra técnica para a tutela de direitos que podem, em princípio, ser atendidos pela sentença condenatória. Trata-se da técnica executiva, que pode servir à tutela destes direitos e daqueles que somente por ela pode ser adequadamente tutelados.³⁷⁵

Do ordenamento jurídico brasileiro extrai-se duas técnicas executivas: a técnica executiva por sub-rogação e a técnica executiva mediante coerção direta. Para Marinoni, “há coerção direta quando o direito é realizado em virtude da atuação de um auxiliar do juízo, ou de alguém que do juiz recebe esta qualificação.”³⁷⁶

No que tange à técnica executiva por sub-rogação, afirma Luiz Guilherme Marinoni:

Há casos em que o fazer pode ser obtido através de um fazer ou de uma atividade de um terceiro, e assim através de meios de sub-rogação. Se o juiz pode, na sentença, conceder a tutela específica da obrigação ou o seu resultado prático equivalente, está ele autorizado a determinar, se necessário for, que um terceiro preste, às expensas do demandado, o fazer ou a atividade necessária para que seja possível a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Em face dos arts. 461 do CPC e 84 do CDC, a sub-rogação pode ser utilizada nos casos de inadimplemento de obrigação fungível, de violação de norma e de dano que pode ser reparado na forma específica.

No caso em que não é observada uma norma, como aquela que obriga uma fábrica a instalar dada tecnologia para que o meio ambiente não seja agredido, pode o juiz determina que um terceiro instale a tecnologia às expensas do demandado, estabelecendo-se a situação que deveria estar vigorando caso a norma não tivesse sido ignorada.

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 76.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 77.

Na hipótese de dano, ainda que não haja promessa de uma prestação, há obrigação de reparar na forma específica, e não obrigação de pagar soma em dinheiro. Se a reparação somente pode se dar através do fazer ou de uma atividade de terceiro, é possível ao juiz determinar que o terceiro, às custas do réu, pratique os atos necessários para que o dano seja reparado na forma específica.³⁷⁷

4.3.5.1 Ação executiva *lato sensu*

Toda essa discussão poderia ter sido abreviada à luz da compreensão das ações executivas *lato sensu*, “assim denominadas porque conduzem a uma sentença que contém, em si mesmas, a eficácia executiva, tornando dispensável o processo de execução.”³⁷⁸⁻³⁷⁹

Pontes de Miranda refere-se a eficácia da sentença, separando-a em eficácia imediata e eficácia mediata, em que a sentença condenatória caracteriza-se pela eficácia executiva mediata. É o que se colhe em Pontes de Miranda, citado por Ovídio Baptista:

A peculiaridade da sentença condenatória reside, portanto, nisto: a decisão que se persegue com a ação condenatória não terá, por si só, força executiva. A sentença de condenação não executa, apenas dá ensejo a que, noutro processo, se postule a execução, exercitando-se nova pretensão à tutela jurídica. A esse fenômeno, PONTES DE MIRANDA dá o nome de eficácia executiva mediata, para significar que a sentença de condenação, pelo próprio fato de sê-lo, não tem força máxima executiva e nem, sequer ‘eficácia imediata’ executiva que possibilite a execução, no mesmo processo, quer dizer, sem

³⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 78-79.

³⁷⁸ LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 30.

³⁷⁹ Donaldo Armelin, compreende as executivas *lato sensu*, nos seguintes termos: “determinadas prestações de tutela jurisdicional nas quais à fase de declaração do direito aplicável à espécie, com a conseqüente individualização da sanção, segue-se, sem solução de continuidade no processo, a execução desse mesmo julgado, terminando o processo com a satisfação do direito do postulante da tutela jurisdicional. É o que ocorre, v.g. nas ações de despejo, possessórias e outras, denominadas, por isso mesmo, executivas *lato sensu*. (ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, jun. 1985, p. 113).

necessidade de uma nova demanda, prescindindo de uma nova pretensão processual autônoma.

A eficácia executiva mediata significa a outorga de *actio iudicati*. Isso é o que acontece normalmente com as ações condenatórias. A obtenção da sentença de acolhimento da demanda abre ao autor o caminho para a execução, se o demandado não satisfaz o julgado.³⁸⁰

E Ovídio Baptista passa a esclarecer o critério de distinção entre a eficácia executiva imediata e a eficácia executiva mediata, nos seguintes termos:

Pode haver, todavia, ação de condenação que dispense a *actio iudicati*. Basta, para tanto, que ela possua, ao invés de simples eficácia executiva ‘mediata’, eficácia executiva ‘imediata’, de tal modo que a execução se faça no mesmo processo, como um simples desdobramento de uma pretensão processual única.

A peculiaridade desse tipo de ação é conter, numa única pretensão processual, o pedido de condenação e o de execução. Enquanto com a sentença comum de condenação, o demandante persegue uma prestação jurisdicional que não contém eficácia suficiente executória - o que o obriga a exercitar uma nova pretensão à tutela jurídica, correspondente à *actio iudicati* - nas chamadas sentenças condenatório-executivas, a força executiva fica logo abaixo da força preponderante condenatória, de modo que a execução se faz por simples desdobramento da pretensão processual exercida pelo autor com a demanda condenatória.³⁸¹

Conforme advertência feita por Ovídio Baptista da Silva, “não há dúvida de que o conceito de ação executiva *lato sensu* é construído à custa do sacrifício do conceito de ação condenatória.”³⁸² E prossegue seu debate propondo a distinção da estrutura do ato executório. Para Ovídio Baptista, o *ato executório* pode ser um *simples ato executório* ou uma *ação executória*, o critério de distinção entre um e outro reside na

³⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Ação de imissão de Posse*. 2. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 50.

³⁸¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *A eficácia Executiva da Ação de Imissão de Posse*, p. 50.

³⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de imissão de Posse*, p. 16.

inclusão, ou não, da “questão da posse exercida pelo demandado sobre o bem que será objeto do ato executório.”³⁸³

Assim, para Ovídio Baptista da Silva:

Se a sentença limitar-se a condenar o demandado a entregar, dar, fazer ou não fazer alguma coisa, sem conter em seu *decisum* qualquer apreciação sobre a legitimidade da posse que sobre o bem afetado pela execução exerce o condenado, então o que poderia ser simples *ato executório*, distende-se numa *ação executória*.³⁸⁴

E, arremata:

Para proceder-se ao diagnóstico diferencial entre uma sentença condenatória e outra executiva executiva *lato sensu* é, pois, fundamental, a indagação sobre a legitimidade da posse que o demandado exerce sobre o bem em que deverá recair a atividade executória; essa questão significa, noutras palavras, determinar se o juízo da demanda de conhecimento continha, como expressão de seu conteúdo essencial, o exame da legitimidade da posse do réu sobre o bem a ser afetado pela atividade executória; saber-se, enfim, se a demanda continha virtualmente o exame dessa controvérsia; se a ilegitimidade da posse decorre, mesmo implicitamente, da sentença de acolhimento. Em caso negativo, estar-se-á sempre em presença de uma verdadeira sentença condenatória, a exigir uma subsequente ação executória. Se, ao contrário, a posse tornar-se ilegítima em virtude da sentença, então será executiva *lato sensu*.³⁸⁵⁻³⁸⁶

Assim, com base nesse critério, parece fácil compreender porque a ação executiva *lato sensu* é auto-suficiente, operando seus efeitos imediatamente, na

³⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de imissão de Posse*, p. 16.

³⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de imissão de Posse*, p. 57.

³⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Ação de imissão de Posse*, p. 57-58.

³⁸⁶ Ovídio Baptista da Silva lembra, ainda que: “Pontes de Miranda, tratando da ação reivindicatória, tem palavras esclarecedoras sobre esta questão: “Quem reivindica, em ação, pede que se apanhe e retire a coisa, que está, contrariamente, a direito, na esfera jurídica do demandado, e se lhe entregue. (Nas ações de condenação e executivas por créditos não se dá o mesmo porque o demandado deve, há a condenação dele e a execução que é a retirada do bem, que está numa esfera jurídica, para outra esfera jurídica, a fim

mesma relação jurídica processual, sem necessidade de instaurar-se nova relação jurídica processual, no caso a ação de execução, mediante processo de execução autônomo, regrado no Código de Processo Civil no Livro II.³⁸⁷

Na linha de entendimento até aqui desenvolvida é possível pensar na força executiva da tutela jurisdicional, à medida em que existem provimentos jurisdicionais auto-executivos e provimentos jurisdicionais não-auto-executivos.

Os provimentos jurisdicionais auto-executivos são os que declaram uma violação do direito e exigem a prática de um ato material para a conformação do plano fático ao plano jurídico por ele acertado. Os provimentos jurisdicionais auto-executivos podem também ser denominados de provimentos jurisdicionais executivos *lato sensu*. Já os provimentos jurisdicionais não-auto-executivos, também denominados provimentos executivos *stricto sensu*, são aqueles adstritos ao processo de execução (autônomo).

Portanto, é possível também se pensar na distinção entre a força executiva máxima (provimento executivo *lato sensu*) e a força executiva mínima (provimento executivo *stricto sensu*).

Sabe-se que a postura dos processualistas que admitem a existência de uma categoria autônoma de provimentos mandamentais e auto-executivos ou executivos

de satisfazer o crédito; portanto, modifica-se a linha discriminativa direito substancial duas esferas.” (Comentários, t. 10, p. 495-496).

³⁸⁷ Para melhor elucidar, veja o exemplo apresentado por Ovídio Baptista: “a diferença estrutural que nos aparece agora com profunda nitidez, entre a ação de despejo e a ação contrária do inquilino contra o locador, para *entrega da coisa locada*, fundada no mesmo contrato, tem seu fundamento nesta nota peculiar a cada uma delas: enquanto a primeira pressupõe ou implica o exame da legitimidade da posse exercida sobre o prédio, a última, quando julgada procedente, mesmo depôs da respectiva sentença de acolhimento, deixa intacta a posse do locador sobre o prédio. A sentença aprecia sua obrigação de entrega, mas não torna ilegítima sua posse. Eis porque a primeira dispensa e a última não pode prescindir da ação executória. O locador *condenado* tem reconhecida contra si a obrigação de entregar coisa certa, relação obrigacional que o vincula a prestar, mas não o faz possuidor ilegítimo do que é seu. Ele continua, depois da sentença, a exercer a respectiva posse legítima, embora obrigado a transferir a respectiva posse ao inquilino. A existência da obrigação, porém, não faz ilegítima a posse, como também não seria possuidor ilegítimo o vendedor antes de cumprir o contrato e realizar a tradição da coisa vendida.”

lato sensu, implica numa diminuição do campo de cobertura da sentença condenatória. Portanto, nessa perspectiva, a sentença condenatória ficaria restrita a um campo no qual ficaria confinada. Para outros processualistas, a existência de provimentos mandamentais e executivos *lato sensu* não implicaria, necessariamente, na exclusão da técnica condenatória. Alguns deles chegam a visualizar a coexistência do provimento condenatório com o mandamental, sem a exclusão daquele. Outros visualizam a mandamentalidade como uma sub-espécie da condenatoriedade.

4.3.6 Técnica de provimento jurisdicional mandamental

4.3.6.1 Considerações gerais

A questão da admissibilidade, ou não, de uma tutela mandamental autônoma, decorre do critério de classificação das ações. A classificação clássica das ações comporta apenas três classes de sentenças: declaratória, constitutiva e condenatória.

Com o mandado de segurança, algo novo apresenta-se nesse quadro: a emissão de uma ordem (*mandatum de faciendo* ou *mandatum de non faciendo*) cuja observância é necessária. Daí o problema do enquadramento da “ordem” no âmbito da classificação das ações, já que, nos limites da classificação clássica das ações não há lugar para o enquadramento da “ordem”.

A construção dogmática da classificação trinária excluía a possibilidade de emissão de ordem por parte do juiz. O problema da ordem, em si, foi objeto de constatação por Kuttner, em 1914, o qual vislumbrou uma categoria diferente daquelas representadas na classificação clássica: a ordem, ou sentença mandamental. A adesão por parte de James Goldschmidt deu impulso à teoria de Kuttner, tornando-a conhecida.

No entanto, aqui no Brasil, Pontes de Miranda não somente aderiu à teoria de Kuttner como, também, deu novos contornos a essa teoria. De fato, num rápido contraste entre a sentença mandamental na perspectiva de Kuttner e a sentença mandamental na perspectiva da teoria de Pontes de Miranda, constata-se profundas diferenças, na medida em que esta teoria (de Pontes de Miranda) é muito mais abrangente do que aquela formulada por Kuttner.³⁸⁸

A posição da maioria da doutrina processualista brasileira negou validade à classificação da sentença autônoma ante o fenômeno da “ordem”. Havia uma preferência em ver o elemento ordem como um segundo momento da sentença condenatória.³⁸⁹

Kazuo Watanabe, um dos partidários da classificação quinária, referindo-se à sentença mandamental conclui que “ela ordena, manda, não se limitando a condenar.”³⁹⁰ Luiz Orione Neto e Sérgio Michel de Almeida Chaim, prescrevem que “na sentença mandamental o Estado-juiz, ao invés de simplesmente proferir um julgamento, sobre a *res in iudicio deducta*, ele manda, ordena, exige que se faça [...] em suma, sentença mandamental é aquela que contém em seu bojo um mandamento, uma ordem.”³⁹¹

³⁸⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 133-134 e 211.

³⁸⁹ Ainda hoje, esse posicionamento é sustentado, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco: “as sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas, compondo-se portanto de um momento declaratório, onde o direito do autor é reconhecido, e de um momento sancionador, que abre caminho para a execução forçada. A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação ordinária – e portanto é também uma condenação. A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fator comando, ou mandamento” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 242).

³⁹⁰ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 66, 1996, p. 21.

O problema do provimento mandamental restou circunscrito a três momentos históricos distintos: o primeiro, no qual havia escassa referência à essa espécie de provimento, em função da influência da doutrina majoritária que negava a existência de uma espécie autônoma de provimento mandamental; o segundo, com a referência expressa a provimento, em alguns textos legais, permitindo-se a construção da técnica de provimento mandamental, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 213, § 1º); do Código de Defesa do Consumidor (art. 84, § 3º), do Código de Processo Civil (art. 461, § 3º, com a redação que lhe foi dada pela lei 8952/94), da Lei de Propriedade Industrial (Lei 9279/96, art. 2º c.c art. 207 e 209, § 1º).

Com a recente edição da Lei nº 10.358, de 27.12.2001 (DOU em 28.12.2001), que deu nova redação ao art. 14 do Código de Processo Civil, inaugura-se um novo período histórico, no qual constata-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro a locução “provimentos judiciais mandamentais,” aos quais restou ligada, de forma expressa, a técnica coercitiva pecuniária, sem prejuízo de outras sanções.

A adoção da locução “provimentos mandamentais” implica na compreensão do termo “provimento”, assim entendido como pronunciamento do juiz no processo, consistente em uma ordem, os quais podem ser antecipatórios ou finais.

Ao referir-se a provimentos mandamentais, em especial ao ampliar a possibilidade de emissão de ordens, no curso do processo ou ao final, sob pena de coerção, diferentes da pretensão processual deduzida em juízo pela parte, podendo ser concedido até mesmo contra a parte ou contra a sua vontade, e, mais, ainda, contra quem nem sequer é parte no processo, bastando sua qualidade de sujeito do processo, o sistema permite transportar para o campo da mandamentalidade, aspecto, até então, restrito à tutela cautelar, consistente nas “medidas cautelares” em

³⁹¹ ORIONE NETO, Luiz e CHAIM, Sérgio Michel de Almeida. Sentenças mandamentais e determinativas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 15, p. 55-56.

contraposição às “ações cautelares”, impondo, então, a distinção entre “medidas mandamentais” em contraposição às “ações mandamentais.”

Refiro-me ao aspecto do provimento mandamental “adotado pelo juiz como resultado de um procedimento próprio e destinado, justamente, a sua obtenção”, que atende, diretamente, às possíveis pretensões processuais das partes”, e o provimento mandamental, “decretado *ex officio* pelo juiz, sem provocação da parte,” “que visam assegurar a utilidade prática da decisão final,” que não “constitui objeto da ação, assim como não atende, diretamente, às possíveis pretensões processuais das partes.”³⁹²

Assim, pode-se dizer que os provimentos mandamentais constituem-se gênero de que são espécies as meras medidas mandamentais e as ações mandamentais, nas quais comparecem os provimentos mandamentais antecipatórios e os provimentos mandamentais finais. Nessa linha de consideração, no que tange à classificação, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se classificar os provimentos mandamentais em antecipatórios e finais.

4.3.6.2 Teoria da ação mandamental em Pontes de Miranda

No estudo da teoria da ação mandamental, em Pontes de Miranda, deve-se ter em mente a advertência feita por Ovídio Baptista da Silva a respeito do referido processualista:

Pontes de Miranda não se preocupou em justificar as origens e a formação histórica da ação mandamental nem mesmo se preocupou em justificar a autonomia dogmática desta espécie de ações e sentenças, já que tinha basicamente interesse em sustentar sua

³⁹² SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 352.

construção teórica sob o ponto de vista dogmático, sem procurar estabelecer as linhas da evolução histórica de cada instituto.³⁹³

Para Ovídio Baptista, essa despreocupação de Pontes de Miranda impediu-o de “revelar suas relações com os demais fenômenos sociais e históricos” bem como de “tomar em conta as vicissitudes a que ficaram expostos os antecedentes da tutela mandamental.”³⁹⁴

O ponto nodal da teoria da ação mandamental em Pontes de Miranda, sob o aspecto dogmático, recairá sobre o conceito de ação mandamental. Embora se constitua em ponto capital para a teoria da ação mandamental, Pontes de Miranda a conceitua em raras passagens, e, segundo Ovídio Baptista, com razão, “numa das únicas passagens em que procura conceituar a ação mandamental, mostra a distinção entre ela e as demais formas de tutela jurisdicional.”³⁹⁵

Portanto, é nesse esforço de sustentação dogmática da existência da classe de ações mandamentais, através do delineamento da distinção entre as ações mandamentais e as outras formas de tutela jurisdicional, que deve ser compreendido o conceito de ação mandamental em Pontes de Miranda. Impõe-se considerar, assim, a seguinte passagem:

Na sentença mandamental, o juiz não constitui: ‘manda’.

[...]

Na ação mandamental, pede-se que o juiz mande, não só que declare (pensamento, enunciado de existência), nem que condene (enunciado de fato e valor); tampouco se espera que o juiz por tal maneira fusione seu pensamento e o seu ato que dessa fusão nasça a eficácia constitutiva. Por isso mesmo, não se pode pedir que dispense o ‘mandado’. Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo, não o que deveria ser feito pelo juiz como juiz,

³⁹³ SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 336.

³⁹⁴ SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 336.

³⁹⁵ SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 337.

sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar por sua estatalidade. Na execução, há mandados – no correr do processo; mas a *solução* final é ato da parte (solver o débito). Ou o juiz *forçando*.³⁹⁶

Pode-se perceber, com certa clareza, que para Pontes de Miranda o que caracteriza a ação mandamental é o elemento ordem. O juiz ordena, manda que se faça ou deixe de fazer alguma coisa.

4.3.6.3 Teoria da ação mandamental em Ovídio A. Baptista da Silva

Ovídio Baptista entende que o estudo da classe das ações mandamentais exige a tentativa de elaboração de “uma teoria capaz de justificar doutrinariamente a existência dessa espécie de demanda, assim como a correspondente forma de tutela jurisdicional representada pelas sentenças mandamentais.”³⁹⁷

Essa necessidade, segundo Ovídio Baptista, prende-se a dois fatos: o primeiro, “pela notória resistência que lhe opõe a doutrina comum” e o segundo, “por não ter Pontes de Miranda – o grande teórico das ações mandamentais – qualquer preocupação em justificar as origens e a formação histórica, bem como a autonomia dogmática desta espécie de ações e sentenças.”³⁹⁸

O elemento conceitual essencial da classe de ações mandamentais, para Ovídio Baptista da Silva, consiste na preponderância da eficácia mandamental da sentença de procedência consistente na emissão, pelo juiz, de uma ordem a ser observada pelo demandado em vez de limitar-se a condená-lo a fazer ou deixar de fazer alguma coisa.³⁹⁹ De modo mais incisivo, Ovídio Baptista afirma que “é da essência, portanto,

³⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. I, p. 211.

³⁹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 335-336.

³⁹⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 336.

³⁹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 336.

da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência contenha uma ordem para que se expeça o mandado. Daí a designação de sentença mandamental.”⁴⁰⁰

Para Ovídio Batista da Silva, o elemento eficaz consistente na ordem emitida pelo juiz justifica a existência de uma classe de ações autônomas que se distinguem de outras ações do processo de conhecimento, como as ações condenatórias e as ações executivas. Imputa a origem das ações mandamentais ao direito romano, mais precisamente aos interditos romanos, ao afirmar que “as ações mandamentais descendem diretamente dos interditos romanos, neste tipo de tutela jurisdicional, o pretor romano não *condenava*, mas, ao contrário, *ordenava* que o demandado fizesse ou deixasse de fazer alguma coisa.”⁴⁰¹

Para o processualista gaúcho, a distinção entre ações e sentenças condenatórias e ações e sentenças mandamentais evidenciam-se já pelo fato da pertinência das primeiras ao ‘processo de conhecimento’, já que a sentença condenatória exaure a função jurisdicional (art. 463 do Código de Processo Civil) a exigir a instauração de outro processo para a execução.

Já no que tange às mandamentais, “são ações e sentenças que diferem das condenatórias precisamente por não limitarem a *condenar*, mas, ao contrário, indo além da simples condenação, para *ordenar* que as partes se comportem segundo o direito que a sentença houver atribuído ao demandante; e, ao mesmo tempo – e por isso mesmo – não devem ser consideradas como ações do ‘processo de conhecimento’, justamente por conterem atividade jurisdicional, na mesma relação processual, depois do trânsito em julgado da sentença, resta investigar o campo de

⁴⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 336.

⁴⁰¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 336.

incidência desta espécie de ações, assim como procurar o elemento conceitual que as poderá separar das condenatórias.”⁴⁰²

Afigura-se ponto central da teoria da ação mandamental delinear o seu campo de incidência. Ovídio Baptista reconheceu expressamente a dificuldade dessa empreitada, atribuindo-a ao fato de que “no estágio atual do direito brasileiro, não existe um parâmetro seguro que nos possa indicar os limites possíveis para as ações mandamentais.”⁴⁰³ Premido pela contingência do ordenamento jurídico positivo à luz do que então consistia o ‘estágio atual do direito brasileiro’, o mesmo dirigia sua linha de raciocínio no sentido de respeitar os ‘pressupostos doutrinários que informam o sistema jurídico brasileiro’, razão pela qual impunha-se ‘preservar o campo das obrigações de fazer e não fazer para as ações condenatórias’. Fiel ao binômio condenação-execução forçada, Ovídio Baptista viu-se obrigado a admitir que as obrigações de fazer e não fazer desafiavam uma sentença condenatória, a qual, por sua vez, preparava a “execução que se fará segundo o modelo legal dos arts. 632-645-CPC.”⁴⁰⁴

No que tange ao campo de incidência das ações mandamentais, Ovídio Baptista propõe uma distinção entre “o direito das obrigações e as obrigações legais, correspondentes a *deveres jurídicos* emergentes de outros domínios do direito que não seja o direito das obrigações.”⁴⁰⁵

Assim, para Ovídio Batista da Silva nem toda obrigação de fazer ou de não fazer estaria compreendida no campo da ação mandamental, já que esta estaria restrita às “obrigações legais” ou “deveres jurídicos”.⁴⁰⁶

⁴⁰² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 351.

⁴⁰³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 351.

⁴⁰⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 351.

⁴⁰⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 351-352.

4.3.6.4 Teoria da ação mandamental em Luiz Guilherme Marinoni

A teoria da ação mandamental, em Luiz Guilherme Marinoni, alcança um maior nível de precisão, possibilitando abstração e generalidade não considerados por Ovídio Baptista da Silva. A precisão, abstração e generalidade se tornaram alcançáveis exatamente a partir da consideração da “variedade de direitos e interesses que elas buscam tutelar,” o que não foi imaginado pelo processualista gaúcho.

De fato, o ponto de partida proposto por Marinoni consiste no deslocamento do foco da classificação das ações e das sentenças para a tutela dos direitos. Ovídio Baptista admite a validade dessa teoria, acrescentando que a mesma não exclui a admissibilidade da classificação a partir do elemento eficaz, como ocorre com a classificação clássica ou trinária e a classificação quinária. E, de fato, parece não ter sido a intenção de Marinoni abolir todo o resultado obtido pela ciência processual a partir da análise do elemento eficaz das sentenças, até porque Marinoni se declara adepto da classificação quinária, ao admitir, ao lado das técnicas declaratória, condenatória e constitutiva, as técnicas executiva e mandamental.

No entanto, parece lógico que Marinoni refuta a condição rígida do modelo de tutela representado mesmo pelo critério quinário e reivindica um modelo flexível, autorizado a adotar a técnica de tutela mais adequada à efetiva tutela dos direitos. Nessa passagem, impõe-se manter na retentiva o alcance da técnica mandamental, a qual pode ser adotada para a tutela de uma obrigação de fazer ou não fazer, de adimplemento e mesmo ressarcitória específica. Nesses casos, já há fundamentação expressa positivada no sistema do ordenamento jurídico. E, para a obtenção da efetividade da tutela dos direitos, Marinoni vai além, propondo a técnica mandamental até mesmo para a tutela ressarcitória em pecúnia.

⁴⁰⁶ Essa solução, no entanto, não foi adotada pelo legislador reformista.

Para Luiz Guilherme Marinoni, o elemento conceitual da ação mandamental não se restringe à ordem ou mandado. O problema consiste no fato da “necessidade de uma sentença ligada à multa para a efetividade dos direitos.”⁴⁰⁷

A referência expressa à multa como medida coercitiva implicava numa restrição ao conceito de ação mandamental, já que outras medidas coercitivas não pecuniárias, a exemplo da coerção indireta mediante a privação da liberdade, restariam excluídas do conceito de ação mandamental. A correção dessa restrição ocorreu posteriormente quando Marinoni reelaborou a assertiva anterior afirmando que a característica da ação mandamental é a “ordem” mais “coerção indireta”. A referência expressa à “coerção indireta” como elemento conceitual essencial da ação mandamental permite a investigação da admissibilidade, ou não, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da adoção, aplicação e atuação da privação da liberdade como meio de coerção indireta.⁴⁰⁸

4.3.6.5 Teoria da ação mandamental em Eduardo Talamini

No quadro das correntes doutrinárias que procuram delinear a tutela mandamental, Eduardo Talamini afasta-se daquelas que propõem sua caracterização somente pelo elemento “ordem” contido no provimento. Para Talamini, “as sentenças mandamentais contêm *ordem* para o réu, a ser atendida sob pena de caracterizar afronta à autoridade estatal e, eventualmente, crime de desobediência.”

⁴⁰⁹ Veja-se que a eventualidade de caracterização de afronta à autoridade estatal constitui-se no aspecto diferencial caracterizador do provimento mandamental, ou seja, é a nota diferencial da mandamentalidade em Talamini.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 41.

⁴⁰⁸ No caso de Marinoni, registre-se a nítida opção pela interpretação do ordenamento jurídico brasileiro no sentido do cabimento da coerção indireta mediante a privação da liberdade.

⁴⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 191.

Embora a cobertura do provimento mandamental seja ampla em Talamini,⁴¹⁰ o mesmo entende que deve haver distinção entre a potencialidade de caracterização de afronta à autoridade estatal e a técnica processual coercitiva indireta. É que, a rigor, a afronta à autoridade estatal pode caracterizar o crime de desobediência, para o qual há previsão de sanção penal ou administrativa. A técnica de coerção indireta, seja multa ou seja privação de liberdade, é um “mecanismo de indução da conduta do destinatário” o que “presta-se a cancelar a autoridade estatal do ato que a veicula.”

A posição assumida por Talamini aproxima-se daquela adotada por Marinoni no que tange ao aspecto em que, para ambos, não basta a “ordem” contida no provimento para a caracterização da mandamentalidade. Afirmar Talamini:

É de se concordar parcialmente com a constatação de que uma sentença não será mandamental apenas por veicular formalmente uma “ordem” desacompanhada de medidas que lhe emprestem “força coercitiva.”⁴¹¹

Mas a divergência entre ambos avoluma-se quando Eduardo Talamini procura identificar o que denomina de “força coercitiva” da tutela mandamental, com a previsão de que seu descumprimento caracteriza afronta à autoridade, juridicamente censurável. O ponto de divergência entre ambos consiste no aspecto da “força coercitiva”. Para Talamini “[...] o que confere “força coercitiva” ao provimento mandamental não é a medida processual de coerção que eventualmente o acompanhe, mas a previsão de que seu descumprimento caracteriza afronta à autoridade, juridicamente censurável (pouco importando se a repressão tem caráter administrativo, penal ou estritamente processual).⁴¹²

⁴¹⁰ Afirmar Talamini que: “Não se trata de comando necessariamente dirigido a órgão ou agente do Estado: também ao particular pode ser dirigido um mandamento” (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 191).

⁴¹¹ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 191.

⁴¹² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 191.

A medida processual de coerção não é aspecto essencial do provimento mandamental, razão pela qual impôs-se a Eduardo Talamini o dever de examinar o conceito de técnica mandamental proposto por Marinoni, e assim, concluiu:

No entanto, isso não autoriza a conclusão de que a simples adição de meio processual coercitivo ao provimento bastaria para que ele fosse mandamental.⁴¹³

O Argumento de Talamini é no sentido de que “pode haver mandamentos que veiculam a cominação de multa por descumprimento e nem por isso são mandamentais” e exemplifica com a “sentença de acolhimento do pedido *ex art. 287*, antes da reforma de 1994.”⁴¹⁴

Com o intuito de demonstrar que “podem existir decisões que inequivocamente são mandamentais, a despeito de não se fazerem acompanhar de um específico meio processual coercitivo”, Talamini diz que “exemplo maior é o do mandado de segurança, antes da reforma processual de 1994”. Neste caso, “o descumprimento da ordem contida na liminar ou na sentença sempre caracterizou afronta à autoridade do juiz, sendo censurada como tal.”⁴¹⁵

Eduardo Talamini tem razão quando afirma que “a inobservância do mandamento do juiz não constituirá a mera inutilização de um “convite”, de uma “última oportunidade”, para cumprir espontaneamente antes de sofrer a incidência de mecanismos sub-rogatórios.”⁴¹⁶

⁴¹³ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p.191.

⁴¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p.191.

⁴¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p.191.

⁴¹⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p.192.

Porém, há um aspecto que é extremamente importante a ser observado nesse quadro: a ordem judicial é um pressuposto do ilícito consistente na desobediência da ordem judicial. Logo, a desobediência da ordem judicial é o fato jurígeno desencadeador do processo sancionatório criminal, administrativo ou civil. Portanto, na expressão coerção indireta, pelo menos nos termos tratado neste trabalho, essas sanções revestem-se de certa natureza processual por estabelecer uma ato processual (ordem judicial) como fato jurígeno desencadeador de processos sancionatórios.

4.3.6.6 A ação mandamental na concepção de outros processualistas

Cândido Rangel Dinamarco, um processualista que viveu a trinariedade clássica, reconhece que: “A categoria das sentenças mandamentais, elaborada particularmente na doutrina brasileira do processo Civil (Pontes de Miranda), foi de início e até há bem pouco tempo recebida com muita resistência pelos processualistas em geral.” Em seguida, afirma: “A decisiva abertura para seu conhecimento foi proporcionada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (1990) e, depois, pelo art. 461 que a *Reforma* implantou no Código de Processo Civil (1994).” Mas não se deve enganar com uma postura muito diferente daquela orientada pela classificação trinária. Isso porque, para Cândido Rangel Dinamarco, a sentença mandamental: “[...] não se trata de uma quarta categoria sentencial, ao lado da meramente declaratória, da condenatória e da constitutiva.” Essa assertiva de Cândido Rangel Dinamarco repousa sob a seguinte premissa: “Por sua estrutura, função e eficácia, as sentenças mandamentais compartilham da natureza *condenatória* (Cintra-Grinover-Dinamarco), sem embargo do reforço de eficácia que lhes outorga a lei.” No que tange à estrutura e função, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “As sentenças condenatórias mandamentais são dotadas da mesma estrutura lógico-substancial das condenatórias clássicas, compondo-se portanto de um *momento declaratório*, onde o direito do autor é reconhecido, e de um *momento sancionador*, que abre caminho para a execução forçada.” Quanto à eficácia, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “A sentença mandamental é título para a execução forçada, tanto quanto a condenação

ordinária – e portanto é também uma *condenação*.” Onde, então, a diferença? O processualista responde: “A diferença está no conteúdo da sanção imposta em seu segundo momento, na qual se exacerba o fator *comando*, ou *mandamento*.” E mais: para o referido processualista, o mandado de segurança é exemplo de sentença mandamental. Portanto, uma sentença condenatória-mandamental.⁴¹⁷ Nessa linha de raciocínio, não se percebe, com clareza, se a eficácia executiva da sentença condenatória mandamental decorre da “condenação” ou do “mandamento”. E fica ainda mais difícil a elucidação dessa questão quando Cândido Rangel Dinamarco afirma que a “[...] sentença mandamental é título para a execução forçada”. E o é, segundo ele, “tanto quanto a condenação ordinária”. E, por ser a sentença mandamental título executivo, tanto quanto a condenação ordinária, “[...] é também uma *condenação*.” E, aí, volta-se à questão: é o “momento sancionador” que marca a mandamentalidade; mas, o mesmo não é visto como a sua marca, senão pelo fato do conteúdo do segundo momento sancionador!

Ora, a proposta de Cândido Rangel Dinamarco dá mostra de um esforço doutrinário para manter a trinariedade, já não mais em seus termos clássicos, mas em termos contemporâneos. Por essa razão, Cândido Rangel Dinamarco admite a sentença mandamental, mas não rompe totalmente com a trinariedade, razão pela qual pode ser apontado como um trinário contemporâneo, ou seja, um trinário que admite a categoria de sentença mandamental, mas não admite sua autonomia, inserindo-a como uma mera espécie do gênero sentença condenatória.

Teresa Arruda Alvim Wambier, processualista trinária, confirmando o seu perfil combativo e inovador, aderiu à classificação quinária, passando a conceber as ações mandamentais, inclusive como categoria autônoma, como se extrai da seguinte passagem:

⁴¹⁷ Afirma Cândido Rangel Dinamarco: “Na ordem positiva brasileira têm esse teor as sentenças concessivas de mandado de segurança e as que condenam por obrigação de fazer ou não fazer, seja no sistema do código de Processo Civil (art. 461), seja do Código de Defesa do consumidor (art. 84).

Apesar de a doutrina tradicional se mostrar, de um modo geral, resistente à adoção destas duas categorias, cremos, diferentemente do que pensávamos quando da publicação das edições anteriores deste trabalho, que elas devem, sim, ser consideradas pela doutrina como categoria autônoma, principalmente pelo relevante papel que vêm assumindo nos tempos modernos, de que é sintoma a tendência de inclusão dos instrumentos deste tipo nos ordenamentos positivos.⁴¹⁸

Para a ilustre processualista, a exemplo dos adeptos dessa categoria de ações/sentenças, a sentença mandamental caracteriza-se pelo elemento ordem,⁴¹⁹ e demonstra, com clareza, que embora apresente em relação à condenatória, o elemento comum “consistente no reconhecimento judicial de que houve violação à ordem normativa e da respectiva sanção.”⁴²⁰ A diferença fundamental entre ambas reside no fato de que “na sentença mandamental, no entanto, acrescenta-se à declaração a ordem judicial, elemento inexistente na ação condenatória.”⁴²¹

Nesse nota elucidativa, prossegue a processualista, afirmando que:

A ação mandamental não é equivalente à condenatória pois, naquela ação, embora realize aquelas atividades também presentes na ação condenatória, não se cinge o juiz a declarar, mais que isso o juiz ordena a realização de alguma atividade ou inatividade. Esta ordem expedida pelo juiz, por assim dizer, ofusca as demais operações por ele realizadas, de modo a se desconsiderar totalmente a ‘condenatoriedade’ existente em tal ação. Nesses casos, pode suceder é que a ordem emitida seja desobedecida e, então, haver-se-á de extrair as consequências jurídicas previstas no ordenamento jurídico para tal infração. No direito brasileiro, como se viu, o não-

⁴¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 81-82.

⁴¹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 78.

⁴²⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 149.

⁴²¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 149.

cumprimento de ordem judicial é conduta tipificada como crime pelo Código Penal.⁴²²

Ao referir-se à sentença proferida em mandado de segurança, Teresa Arruda Alvim Wambier, afirma que “o mandado correspondente à sentença de procedência no mandado de segurança gera a necessidade de cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configuração de crime (ou de desobediência ou de responsabilidade).”⁴²³ E complementa no sentido de que:

...o elemento diferenciador da sentença do mandado de segurança repousa, em última análise, na grandeza constitucional do instituto, pois, enquanto pelas vias ordinárias, pode, a obrigação, converter-se em perdas e danos, pela via do mandado de segurança, deve-se ensejar ao impetrante a possibilidade de obtenção da garantia pleiteada *in natura*, mesmo liminarmente, quando for o caso. Outra alternativa não se abre à Administração senão a de dar estrito cumprimento à ordem emanada da sentença concessiva da segurança, sob pena, inclusive de infração penal.⁴²⁴

O eminente processualista Arruda Alvim, também trinário, embora já tenha afirmado que as sentenças mandamentais seriam assimiláveis às constitutivas, não havendo, portanto, vantagem prática alguma em distinguir uma das outras,⁴²⁵⁻⁴²⁶ em publicação recente, parece haver mudado seu entendimento, passando a admitir a categoria de ações/sentenças mandamentais, pois ao tratar das funções do processo, afirma que, “são, fundamentalmente, os seguintes os possíveis objetivos do processo

⁴²² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*, p. 149.

⁴²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 78.

⁴²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, p. 79-80.

⁴²⁵ ALVIM, José Manoel de Arruda. A sentença no processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 2, p. 56.

⁴²⁶ Esse mesmo pensamento é encontrado em Manual de direito processual civil, onde o referido processualista afirma: “a sentença mandamental, em nosso sentir, pode ser assimilada às sentenças constitutivas e às condenatórias, em especial. Todavia, nossa doutrina e jurisprudência já têm se manifestado pelo entendimento de que a categoria das mandamentais é autônoma, de forma particular, em relação ao mandado de segurança [...] Parece-nos, pois, que não há utilidade prática em se distinguirem as sentenças mandamentais das constitutivas e/ou das condenatórias, pelo menos no estágio atual da doutrina, e, principalmente, em face dos objetivos a que se circunscreve esta obra” (ALVIM, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil, v. 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 644-646).

de conhecimento: a) condenar [...]; b) modificar [...]; c) somente declarar [...]; d) mandar que alguém (não incommonmente, um órgão do Estado) faça alguma coisa, ou deixe de fazer alguma coisa, o vem geralmente acompanhado da imposição de coerção, usualmente, de caráter pecuniário, sobre o que deve obedecer, para que cumpra.”⁴²⁷

Acrescenta Arruda Alvim, que “a essas possíveis finalidades, realizáveis através das sentenças correlatas ou congruentes, correspondem-se, respectivamente: [...] a ação mandamental, em que se objetiva obter uma ordem do juiz; relativamente a uma autoridade, ou, cada vez mais generalizadamente, ao réu do processo, cujos benefícios práticos devem resultar em favor do autor, mas, em que, possivelmente o fundamento da ordem e daquilo que a acompanha (coerção = multa) existem em nome da própria respeitabilidade com que se devem encarar as decisões judiciais.”⁴²⁸

Por fim, vale ressaltar que José Carlos Barbosa Moreira,⁴²⁹ ao examinar o problema que a mandamentalidade enfrenta, acabou por estabelecer vários pontos que, a seu ver, exigiriam elucidação. Em primeiro lugar, adverte para o fato de que, quando se refere à “qualificação de mandamental”, trata-se de uma qualificação da sentença do art. 461, o que implica compreender que não se trata de sentença mandamental. Até porque, pelo menos até aquele momento, parece que Barbosa Moreira estava à busca de um elemento norteador dessa classe de provimentos mandamentais. Em segundo lugar, adverte que não se vê na obrigação de “respeitar a arrumação dogmática preferida pelo jurista A ou pelo jurista B”. Pelo contrário, José Carlos Barbosa Moreira passa em revista a nota diferencial até então apontada pela doutrina que sustentava a autonomia da classe de ação ou sentença mandamental, e,

⁴²⁷ ALVIM, José Manoel de Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 97, 2000, p. 72.

⁴²⁸ ALVIM, José Manoel de Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós, p. 72-73.

⁴²⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, n. 97, 2000, jan./mar., *passim*.

com sua peculiar sensibilidade, logo localiza o problema que a mandamentalidade encerra em termos doutrinários, quando afirma: “se se quer prescindir de tal ou qual nota, até agora indicada como típica da classe, para fazê-la abranger outras figuras, impende que se esclareça o ponto: isto é, que se torne explícita a operação tendente a diminuir a compreensão do conceito e, correlatamente, aumentar-lhe a precisão.” Para José Carlos Barbosa Moreira, o problema da mandamentalidade reside na “premissa de que se parte, ou seja, conforme se julgue ou necessária, para caracterizar como mandamental a sentença, a existência nela de ordem dirigida ao réu ou a terceiro”. Portanto, para José Carlos Barbosa Moreira, “[...] qualificar de mandamental a sentença, ou negar-lhe semelhante qualificação, depende de entender-se ou não dispensável que a eficácia de que se cogita seja imediata”. José Carlos Barbosa Moreira conclui no sentido de que o art. 461 “sugere, ou impõe, nova reflexão sobre a sentença mandamental”, mas acaba constatando a possibilidade de diversidade de resultados nesse processo de reflexão sobre a mandamentalidade, em razão de que as “hipóteses são várias e heterogêneas”, o que demanda a necessidade de fixação, urgente, de uma precisão terminológica em torno da mandamentalidade que pode ser extraída do art. 461 do Código de Processo Civil.

4.4 A compreensão da tutela jurisdicional e das técnicas de tutela na teoria de Luiz Guilherme Marinoni

Para Luiz Guilherme Marinoni, a efetividade da tutela dos direitos encontrava dois entraves fundamentais:

Um primeiro, localizado na estrutura do processo civil clássico, que não contém instrumentos e técnicas capazes de propiciar a esperada efetividade do processo. Um outro presente na idéia de que o direito processual civil somente adquiriria importância científica se ficasse a distância do direito material, o que levou os estudiosos do direito processual a não classificar as diversas formas de tutelas dos direitos, esquecendo algo que é absolutamente fundamental para se

verificar se o processo, como instrumento que é, está cumprindo os desígnios no plano do direito substancial.⁴³⁰

A superação do primeiro entrave exige a introdução, no ordenamento jurídico positivo, de ‘instrumentos e técnicas capazes de propiciar a efetividade do processo’, desatrelando o processo civil de sua matriz clássica. O primeiro passo na direção da superação desse primeiro entrave consistiu, no Brasil, na introdução do sistema de tutela dos direitos contido nas normas positivadas no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e art. 461 do Código de Processo Civil.⁴³¹

De fato, as referidas normas introduziram instrumentos processuais não contemplados pelo processo civil clássico, o que, por si só, exige uma elaboração dogmática consentânea à nova realidade processual vigente.

Na elaboração da dogmática do processo civil contemporâneo, impõe-se observar cânones da ciência processual em seu estágio atual. Um dos cânones da ciência processual contemporânea consiste exatamente na elaboração dogmática do processo civil a partir da perspectiva do direito substancial. Não se pode falar em processo desapartado de sua efetividade à luz dos resultados que deve proporcionar como instrumento adequado para a tutela dos direitos.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “a necessidade de pensar o processo na perspectiva de direito material obriga-nos a raciocinar em termos de tutela dos direitos, o que acaba exigindo uma nova elaboração dogmática, capaz de dar conta dos reais significados dos resultados dos processos no plano do direito substancial,”⁴³² razão pela qual resta superado o segundo entrave à efetividade da tutela dos direitos.

⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 60.

⁴³¹ Na nova redação que lhe foi dada pela Lei 8.952/94.

⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61.

Essa nova elaboração dogmática se faz necessária na exata medida em que se constata que o processo civil clássico “não contém instrumentos capazes de propiciar a esperada efetividade do processo.”⁴³³

5. Técnicas cognitivas

5.1 Considerações gerais

O estudo da cognição tem especial relevância para a compreensão das atividades desenvolvidas pelos órgãos jurisdicionais e dos poderes de que estão investidos para o exercício dessas atividades.

Num sentido amplo, pode-se dividir as atividades jurisdicionais em três classes: a) atividades jurisdicionais de cognição; b) atividades jurisdicionais de decisão; e, c) atividades jurisdicionais de atuação.

A cognição é uma atividade jurisdicional e o seu estudo carece de sua inserção nas raízes do direito enquanto ser-em-si, na medida em que a velha parêmia *ex facto oritur ius* sintetiza a essência do direito enquanto regramento de fatos e conseqüências.

Assim, a cognição terá, em um primeiro momento, o seu objeto centrado nos fatos, o que implica na verificação de sua existência (ocorrência). Num segundo momento, a cognição terá seu objeto centrado nas conseqüências resultantes dos fatos.

O procedimento de reconstrução dos fatos, muitas vezes, pode ser insuficiente, provocando a insuficiência da prova. A falha no procedimento de reconstrução dos

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61.

fatos, cujo resultado implique numa insuficiência da prova para dar suporte ao julgamento da causa, implica, em última análise, no insucesso da administração da justiça.

Nesse sentido, veja-se a advertência feita por Luiz Guilherme Marinoni, citando Cernelutti:⁴³⁴

Como bem pondera CARNELUTTI a respeito, o não julgamento por deficiência de provas, embora figura usual até hoje, representa, à toda evidência, um sinal de falha no sistema de tutela de direitos. Como afirma o genial processualista, “entende-se até que o juiz possa ter esta tentação: entende-se, ao contrário, menos que, no campo do processo penal o legislador lhe autorize a ceder à tentação. A assim chamada absolvição por *insuficiência de provas*, com efeito, não é uma rejeição de escolher; e portanto denuncia, como disse várias vezes, o insucesso da administração da justiça. Entre o sim e o não, o juiz, quando absolve por insuficiência de provas, confessa a sua incapacidade de superar a dúvida e deixa o acusado na condição em que se encontrava antes do processo: acusado por toda vida.

Vê-se, pois, a importância da atividade jurisdicional cognitiva para a adequada tutela dos direitos. Não é demais lembrar, a essa altura, a advertência feita por Luiz Guilherme Marinoni, citando Cappelletti, no sentido de que “a questão da tutela jurisdicional dos direitos quer evidenciar a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais.”⁴³⁵ Para tanto, Marinoni destaca a importância das técnicas processuais para a adequada tutela dos direitos, dentre elas a técnica da cognição, afirmando que “a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.”⁴³⁶

⁴³⁴ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam. 1965. Vol. XX (II série), p. 7 *Apud* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao código de processo civil. v. 5. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 33.

⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 31.

5.2 Conceito de cognição

No magnífico trabalho da lavra do ilustre processualista Kazuo Watanabe, constata-se o esforço no sentido de apresentar um conceito de cognição, o qual restou formulado nos seguintes termos:

cognição é [...]. prevalentemente um ato de inteligência consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

O conceito apresentado por Kazuo Watanabe, embora prestigioso, é passível de duas considerações que lhe são opostas. A primeira, no sentido da limitação da cognição somente “às alegações das partes”. É que a restrição da cognição em relação às alegações das partes somente ocorre nos casos em que a lei exigir a iniciativa das mesmas, a *contrario sensu* do art. 131 do Código de Processo Civil. Por outro lado, no regime jurídico da cognição por objeção, a cognição é obrigatória de ofício.⁴³⁷

⁴³⁷ Cabe estabelecer a distinção entre objeção e exceção e, para tanto, recorre-se às lições de Calmon de Passos:

“ [...] a exceção não pode ser considerada, de ofício, pelo juiz; enquanto se tratando de objeção, deve o magistrado, de ofício, apreciá-la. Destarte, exige-se para a exceção a oponibilidade do réu; dispensa a objeção a provocação das partes. Por força disso, a exceção é um verdadeiro contradireito do réu, que ele exercita com vistas a elidir as consequências jurídicas pretendidas pelo autor; a objeção é um fato que obsta, de modo absoluto, a concessão da tutela pretendida pelo autor e prescinde, para que isso ocorra, de qualquer manifestação de vontade do obrigado” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*, p. 286).

Portanto, objeção é toda matéria, de ordem pública ou não, que deva ser conhecida pelo juiz, de ofício. A objeção pode ser processual ou material (substancial), no primeiro caso, compreende as denominadas matérias de ordem pública, a exemplo das condições da ação, dos pressupostos processuais, das nulidades absolutas, que pelo fato de serem de ordem pública não se sujeitam à preclusão. Esclareça-se que podem existir matérias decretáveis de ofício, não consideradas de ordem pública, portanto, sujeitas à preclusão caso não sejam argüidas pela parte, como a conexão, a suspeição do juiz. No segundo caso compreende matérias que, embora não sejam processuais, devam ser conhecidas pelo juiz, de ofício, a exemplo das nulidades de pleno direito (art. 146, parágrafo único c.c art. 145 do CC/1916 e art. 168 parágrafo único c.c. arts. 166-167 do CC/2002); da nulidade de cláusula e contrato nas relações de consumo (art. 51 do Código de Defesa do Consumidor); fato superveniente (art. 462 do Código de Processo Civil); a decadência, o pagamento. Compreendem o pagamento na acepção de objeção substancial, uma parcela respeitável da doutrina, nacional e estrangeira, a exemplo de Calmon de Passos (*Comentários ao código de processo civil*, p. 288); Ovídio Baptista da Silva (*Curso de processo civil*. v. 2, p. 270); Alberto Camiña (*Defesa sem embargos do executado*, p. 74 e 159); Paulo Henrique dos S. Lucon (*O controle dos*

A segunda consideração que lhe é oposta, decorre do fato da menção expressa a *judicium* ou “julgamento do objeto litigioso do processo”. Essa referência implica na exclusão ou mesmo mitigação da cognição no processo de execução. Embora pudesse ser admitido, em determinado momento histórico, que no “processo de execução” a “cognição fosse rarefeita”, não se pode manter a mesma compreensão quando o eixo metodológico preponderante gira em torno da relativização do binômio cognição-execução.

Assim, um conceito de cognição mais abrangente consiste na compreensão da cognição como atividade jurisdicional que tem por objeto a análise, a consideração e a valoração de matéria de fato ou de direito que se constitua fundamento da tutela jurisdicional.

Veja-se que o conceito, ora proposto, opta pela ampliação da cognição às matérias consistentes em objeções, as quais não ficam limitadas “às alegações das partes”, ao contrário, submetem-se à apreciação jurisdicional, de ofício. Ademais, prefere-se também a substituição da expressão “julgamento do objeto litigioso do processo” por “tutela jurisdicional”, que é mais ampla, permitindo, assim, a ampliação da cognição para processos e atuações jurisdicionais que tem por escopo a cautela ou a satisfação, em sentido estrito.

atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas, p.351); Sérgio Shimura (*Título executivo*, p. 78-81); Liebman (*Manual de direito processual civil*, v. I, p. 169); Crisanto Mandrioli (*Corso di diritto processuale civile*, p. 126).

Já a exceção, que também pode se processual ou material (substancial) circunscreve-se às matérias que dependem de provocação da parte para que possam ser apreciadas, sujeitando-se à preclusão, caso não sejam argüidas no tempo e forma previstos.

5.3 Princípios informativos da cognição

5.3.1 Princípio dispositivo

Um dos princípios informativos da cognição é o princípio dispositivo, pois, *a priori*, entende-se que a atividade cognitiva a ser desenvolvida pelo órgão jurisdicional deva sujeitar-se à provocação da parte. No entanto, impõe-se compreender o princípio dispositivo em razão dos valores contemporâneos que fundamentam o processo civil.

A decorrência do princípio dispositivo como fundamento da cognição, no processo contemporâneo, permite a compreensão do regime jurídico da cognição por exceção, assim considerada a atividade jurisdicional cognitiva condicionada à provocação dos interessados, na forma disciplinada pelo art. 128 do Código de Processo Civil, pois é defeso ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

Por outro lado, depreende-se que a regra do art. 128 estabelece plena liberdade de cognição em relação às questões que a lei não exigir a iniciativa da parte. Nessa linha de raciocínio, a restrição à cognição limita-se ao âmbito da exceção substancial, em sentido estrito.

5.3.2 Princípio inquisitório

Avoluma-se a tendência no processo civil contemporâneo da cognição regida pelo princípio inquisitório, a partir da multiplicação de casos em que o ordenamento jurídico admite a cognição de ofício, ou seja, das matérias consistentes em objeções, a exemplo das previstas no § 3º, do art. 267 e § 4º, do art. 301 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a análise deve primar pela efetiva realização dos resultados do processo, ou seja, da necessária adequação da atividade jurisdicional à finalidade do Estado Democrático de Direito, que exige um juiz munido de poderes suficientes para atuar de acordo com a finalidade a ser alcançada pelo Estado. Assim, sempre que não for exigido por lei a iniciativa da parte, o juiz terá plena liberdade cognitiva, conforme interpretação do art. 128 do Código de Processo Civil.

A inquisitorialidade, como um dos princípios norteadores do processo civil contemporâneo, implica no regime jurídico da cognição de ofício, o qual exige, no entanto, sistematização adequada, a fim de se evitar a casuística do caso concreto.

5.3.3 Princípio da indeclinabilidade

À luz dos dois princípios antecedentes e dos regimes jurídicos da cognição no processo civil contemporâneo, pode-se refazer a leitura do princípio da indeclinabilidade, como fundamento do processo civil contemporâneo, na medida em que o mesmo abrange, além da atividade decisória, também a atividade cognitiva.

Nessa linha de raciocínio, pode-se concluir que a cognição é devida pelo Estado-juiz de modo a adequar-se às peculiaridades do direito material. Daí porque, em sendo hipótese de atuação cognitiva por objeção, impõe-se considerar a incidência do princípio da indeclinabilidade da cognição da matéria, independentemente de provocação das partes e, em princípio, independentemente do grau de jurisdição.

5.3.4 Princípio da imparcialidade

A jurisdição somente será legítima se prestada por juiz imparcial. Daí a máxima de que “o juiz se coloca entre as partes e acima delas.” Assim como em todas as demais atividades jurisdicionais, também em relação à atividade jurisdicional de

cognição, o juiz deve pautar-se pela imparcialidade, “pressuposto para que a relação processual se instaure validamente,”⁴³⁸ o que não significa, como se poderia supor, ficasse o juiz impedido de exercer atividade cognitiva de ofício.

A atividade jurisdicional *ex officio* tem sido vista, em regra, com desconfiança, pela exigência de imparcialidade como garantia da independência da magistratura. Por essa razão dá-se ênfase ao princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*), pelo receio de que a atividade jurisdicional de ofício pudesse macular a imparcialidade, decorrente do vínculo psicológico com o resultado da demanda, frustrando-se a neutralidade necessária à caracterização do *tertius super partes*. Levado às últimas conseqüências, o princípio dispositivo poderia implicar na inércia do juiz, cuja atividade estaria condicionada à provocação das partes.

Contudo, essa perspectiva não atende os anseios de efetividade que se espera do processo. Daí, oportuna a linha de raciocínio proposta por Mauro Cappelletti, no sentido de considerar-se o conteúdo da controvérsia como limite de iniciativa da atividade jurisdicional, a fim de assegurar a imparcialidade. Afirma Cappelletti:

“... constitui obrigação específica do juiz [...] a de controlar o regular, leal e rápido desenvolvimento do processo, com a possibilidade de impor prazos ou sanções e, ainda, de assumir meios probatórios, nos limites dos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos alegados pelas partes.”⁴³⁹

Portanto, feliz é a concepção de Cappelletti, no sentido da distinção entre princípio dispositivo em sentido processual ou impróprio e princípio dispositivo em sentido substancial ou próprio. Assim, como manifestação do princípio dispositivo, o art. 262 do Código de Processo Civil exige a iniciativa da parte. Proposta a demanda, tem-se fixado o conteúdo da controvérsia. O art. 128 do Código de Processo Civil

⁴³⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 51-51.

impõe o limite para o exercício das atividades jurisdicionais cognitiva e decisória, cujo limite para o julgamento, imposto pelo art. 128, é o pedido em função da causa de pedir, encontrando reforço na disposição contida no art. 460 do Código de Processo Civil.

Assim, a fixação da controvérsia relativamente à causa de pedir diz respeito acima de tudo, à atividade jurisdicional cognitiva, à medida em que o art. 128 estabelece que é vedado ao juiz conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa das partes. Portanto, fora desse âmbito restrito (exigência de provocação da parte), no que tange, portanto, às denominadas objeções, o juiz não fica adstrito à provocação da parte, e nem se diga que isso pode por em risco a imparcialidade, ao contrário, prestigia a efetividade.

5.4 Objeto da cognição

A análise do objeto da cognição deve partir da premissa do que seja relevante para apreciação, consideração e valoração de matéria de fato ou de direito que se constitua no substrato da tutela jurisdicional. Embora não haja unanimidade a respeito, é corrente no meio processualístico brasileiro, a idéia do conhecido “trinômio de questões”, compreendendo pressupostos processuais, condições da ação e mérito.

Nessa linha de consideração, é correto concluir com Kazuo Watanabe que:

[...] o objeto da cognição do juiz são todas as questões ligadas ao processo em si mesmo. Bem por isso, e sendo as demais questões respeitantes ou à ação (para os que aceitam as condições da ação) ou ao mérito da causa, a designação genérica ‘questões relativas ao processo’, como faz Cândido Dinamarco, dá bem a idéia do objeto do conhecimento do juiz.⁴⁴⁰

⁴³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 13.

⁴⁴⁰ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 76.

Assim, a cognição terá por objeto pressupostos processuais, condições da ação e mérito, imprescindíveis para a constatação da existência dos fatos, bem como do direito, e por fim, das consequências deles resultantes, para se propiciar a entrega da prestação jurisdicional adequada.

5.5 Classificação da cognição

A cognição, segundo Kazuo Watanabe,⁴⁴¹ pode ser classificada em dois planos distintos: horizontal e vertical. No plano horizontal a cognição se estabelece em relação à extensão das matérias objeto da cognição em si; já no plano vertical a cognição se estabelece em relação à profundidade das matérias objeto da cognição. No plano horizontal a cognição poderá ser plena ou limitada (parcial) e no plano vertical a cognição poderá ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

Cognição plena,⁴⁴² como visto, é aquela que se desenvolve em sentido horizontal, ou seja, em relação à extensão das matérias objeto de cognição. A cognição plena se estabelece sobre todas as questões, de forma ampla, compreendendo pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Vale dizer, a extensão das matérias a serem debatidas pelas partes e apreciadas (conhecidas) pelo juiz é total, não sofre qualquer restrição.

A cognição limitada⁴⁴³ também é desenvolvida em sentido horizontal, isto é, em relação à extensão das matérias objeto de cognição (pressupostos processuais, condições da ação e mérito), porém, é estabelecida de forma parcial, ou seja, as

⁴⁴¹ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 111 e ss.

⁴⁴² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 111 e ss.

⁴⁴³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 111 e ss.

questões, as matérias a serem debatidas e apreciadas (objeto de cognição) são limitadas quanto à amplitude. Como afirma Kazuo Watanabe:

a perquirição do juiz não atinge toda a realidade fática [...] ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta a natureza do direito ou da pretensão material, a sua disciplina no plano substancial (às vezes contida em dispositivos legais localizados em estatuto processual), ou opta pela proibição de controvérsia sobre alguma questão no processo, com o objetivo de simplificá-lo e torná-lo mais célere.⁴⁴⁴

Conforme anota Marinoni, “o legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos.”⁴⁴⁵ E complementa o processualista paranaense, no sentido de que “nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador.”⁴⁴⁶

Observe-se que a limitação é quanto à extensão e não quanto à profundidade, de sorte que não constitui óbice à produção de coisa julgada material.

A cognição exauriente,⁴⁴⁷ como visto, é aquela que se desenvolve em sentido vertical, isto é, quanto à profundidade. A cognição das questões, das matérias suscitadas ou cognoscíveis, de ofício, realiza-se em profundidade. O juiz analisa de forma completa e exaustiva todas as questões que lhe forem submetidas, até a formação de um juízo de certeza, daí denominar-se, também, cognição completa. A técnica de cognição exauriente atribui a qualidade de imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material).

⁴⁴⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no Processo Civil*, pp. 87-88.

⁴⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 32.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 32.

⁴⁴⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, pp. 111 e ss.

A cognição sumária⁴⁴⁸ também é desenvolvida em sentido vertical, isto é, em relação à profundidade do grau de convencimento do julgador. Porém, como a própria denominação sugere, não é estabelecida de forma aprofundada, como se requer na cognição exauriente. A análise e valoração das questões, das matérias objeto de cognição não se realiza em profundidade, mas apenas de forma rápida e superficial, o suficiente para formar um juízo de probabilidade e de verossimilhança.⁴⁴⁹

Como afirma Marinoni, “a restrição da cognição no plano vertical conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança, ou melhor, às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável.”⁴⁵⁰

A técnica de cognição sumária é inapta a produzir coisa julgada material, a qual depende de declaração da existência (ou inexistência) do direito, somente obtida através de cognição exauriente. Com a cognição sumária o máximo que se pode obter é a afirmação da probabilidade da existência do direito. A cognição sumária é a cognição própria das tutelas de urgência, já que a cognição exauriente, como regra, faz dilatar o processo no tempo.

Nesse sentido, aduz Marinoni:

[...] as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a viabilidade da realização de um direito (tutela cautelar); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, I, CPC); (c) realizar, em razão das peculiaridades de um

⁴⁴⁸ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 111 e ss. A expressão cognição sumária é reservada por Watanabe apenas para a cognição realizada no plano vertical, sentido diferente daquele adotado por Chiovenda, seguido por alguns processualistas, o qual contrapõe a cognição sumária à cognição plena e completa ou ordinária, que é realizada no plano horizontal.

⁴⁴⁹ Neste sentido: CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*. Padova: CEDAM, 1936, p. 63. Também LIEBMAN alude a “juízo de probabilidade”, *Unità del Procedimento Cautelare*. In: *Problemi del Processo Civile*. Milano: Morano Editore, 1962, p. 104.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 33.

determinado direito e em vista da demora do procedimento ordinário, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais); (d) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo abusivo, antecipadamente um direito (tutela antecipatória fundada no art. 273, II, do CPC).⁴⁵¹

A cognição sumária, segundo Marinoni, comporta graus, que decorrem “da relação entre a afirmação fática e as provas produzidas.”⁴⁵² Para elucidar, Marinoni exemplifica, nos seguintes termos:

[...] a liminar do procedimento do mandado de segurança e a liminar do procedimento cautelar diferem nitidamente quanto ao grau de cognição. No mandado de segurança a liminar é deferida com base no juízo de probabilidade de que a afirmação provada não será demonstrada em contrário pelo réu, enquanto a liminar cautelar é concedida com base no juízo de verossimilhança de que a afirmação será demonstrada, ainda que sumariamente, através das provas admitidas no procedimento sumário.⁴⁵³

A cognição, a despeito de ser sumária quanto à profundidade, poderá ser plena quanto à extensão. Portanto, em breve síntese, pode-se afirmar que a cognição poderá ser plena e exauriente (procedimento comum, ordinário ou sumário);⁴⁵⁴ parcial e exauriente (conversão de separação judicial em divórcio, embargos do executado, embargos de terceiro, busca e apreensão em alienação fiduciária);⁴⁵⁵

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 34.

⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 34.

⁴⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 34.

⁴⁵⁴ Plena, em sentido horizontal, pois se estabelece sobre todas as questões e exauriente, em sentido vertical, pois as questões são analisadas em profundidade. No procedimento sumário há abreviação do “iter” procedimental, que não diz respeito com a cognição, esta será plena e exauriente.

⁴⁵⁵ No plano vertical, a cognição é exauriente, pois a análise das questões é feita em profundidade, mas no plano horizontal, é parcial, pois as matérias objeto de cognição são limitadas pela própria lei, de forma que a investigação do juiz não pode ir além do previsto pela lei. Por exemplo, na conversão de separação judicial em divórcio, o art. 36, da Lei 6.515/77, limita as matérias à falta do decurso de um ano da separação judicial e descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação; nos embargos de terceiros, o art. 1.054, dispõe que contra embargos do credor com garantia real, somente pode ser alegado insolvência do devedor comum, que o título é nulo ou não obriga terceiros e que é outra a coisa dada em garantia; na busca e apreensão, o art. 3º, § 2º, do Dec-lei 911/69, estabelece que só pode ser alegado pagamento do débito vencido ou cumprimento das obrigações contratuais.

plena e sumária (cautelar, tutela antecipatória e processos onde há concessão de liminares em geral).⁴⁵⁶

5.6 Cognição exauriente *secundum eventum probationis*

A cognição exauriente *secundum eventum probationis* é aquela em que a produção da coisa julgada material fica jungida ao *eventum probationis*, ou seja, poderá produzir coisa julgada material como poderá não produzir coisa julgada material se, no caso, restar evidenciado a ausência ou a insuficiência de prova idônea para provar que o direito afirmado realmente existe, possibilitando à parte socorrer-se de outra medida, que seja idônea.

Kazuo Watanabe, a explicita nos seguintes termos:

Aspecto marcante dessa espécie de cognição, que poderá ser exauriente, consiste no fato de estar condicionada a decisão da questão, ou mesmo do *thema decidendum*, à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, estabelecer com base nas provas existentes nos autos. À conclusão de insuficiência de prova, a questão não é decidida (as partes são remetidas para as 'vias ordinárias' ou para a 'ação própria'), ou o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando, bem por isso, a autoridade de coisa julgada material.⁴⁵⁷

Exemplo sugestivo é dado pelo mandado de segurança,⁴⁵⁸ o qual exige que a prova do afirmado direito líquido e certo se faça de plano, através de documentos anexos à petição inicial. Não se admite no procedimento do mandado de segurança outra prova, que não a exclusivamente documental, haja vista tratar-se de procedimento sumário que não admite dilação probatória.

⁴⁵⁶ No plano horizontal, a cognição é plena, pois se estabelece sobre todas as questões, mas no plano vertical é sumária, pois é realizada de forma superficial.

⁴⁵⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 119.

⁴⁵⁸ Colhem-se, ainda, em Kazuo Watanabe (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 119), dentre outras, as hipóteses previstas pelo art. 18, da Lei 4717/65 (Ação Popular); art. 16, da Lei 7347/85 (Ação Civil Pública); e Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Assim, caso o impetrante não consiga se desincumbir do *onus probandi*, no que tange à demonstração de seu direito líquido e certo mediante prova documental, não será alcançado pela coisa julgada material, podendo exercitar normalmente o seu direito, pelas vias ordinárias, utilizando-se de prova testemunhal ou mesmo pericial, se for o caso. Aliás, essa via lhe é assegurada pela Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal, que tem o seguinte teor: “decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

Marinoni, ao referir-se a essa técnica de cognição, assim se posiciona:

“[...] a técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*, além de permitir a construção de um processo célere e ao mesmo tempo de cognição exauriente, não elimina a possibilidade de o jurisdicionado, que lançou mão do mandado de segurança mas necessitava de outras provas além da documental, recorrer ao procedimento ordinário.⁴⁵⁹

E conclui, à luz da Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal:

Este enunciado quer dizer que fica aberta a via ordinária àquele que teve denegado o mandado de segurança por ausência de direito líquido e certo; isto porque a sentença que afirma a ausência de direito líquido e certo não declara que o direito subjetivo material não existe.⁴⁶⁰

É importante esclarecer que a Súmula 304 do Supremo Tribunal Federal é aplicável às hipóteses em que o provimento jurisdicional denegar a segurança pelo fato da ausência de direito líquido e certo. De outro lado, consoante entendimentos do Supremo Tribunal Federal, se restar denegada a segurança pelo fato de o

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 39.

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 39.

impetrante não ter direito algum, haverá coisa julgada material, impedindo-se nova apreciação da matéria pelas vias ordinárias.⁴⁶¹

5.7 Cognição e execução

O estudo da cognição e execução deve levar em conta o aspecto da natureza do processo, ou seja, se no processo de execução, a cognição limita-se à cognição de objeção processual ou, de outro lado, se compreende também a cognição de objeção substancial. A se compreender que ficaria restrita à objeção processual, evidente que seria objeto de cognição as condições da ação e os pressupostos processuais.

No momento em que se fixa a “matéria de ordem pública” como critério para a cognição no processo de execução, deve-se proceder com a cautela no sentido de esclarecer o âmbito de admissibilidade da cognição da matéria de ordem pública no processo de execução.

Veja-se que ao afirmar que a “objeção” seria o termo que melhor expressasse a hipótese de ampliação do objeto de cognição no processo de execução, com dispensa de processo de conhecimento, tem-se procurado exemplificar com as condições da ação e com os pressupostos processuais, como “matérias de ordem pública”, as quais deveriam ser conhecidas de “ofício” pelo órgão jurisdicional.

Essa perspectiva é evidentemente restritiva do conceito de objeção, já que somente seriam aceitas matérias processuais. Mas o conceito de objeção não se restringe às condições da ação e aos pressupostos processuais. Num primeiro momento, o conceito de objeção compreende toda e qualquer matéria que deve ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, compreende-se como objeção também a matéria substancial que deva ser conhecida “de ofício”

⁴⁶¹ “A decisão que denega a segurança, se aprecia o mérito do pedido e entende que o impetrante não direito algum (e não que apenas lhe falta direito líquido e certo), faz coisa julgada material, impedindo a reapreciação da controvérsia em ação ordinária” (RTJ 38/184, 46/255, 51/646, 52/344, 53/396, 71/163, 74/852).

pelo órgão jurisdicional. É o que se dá, por exemplo, com a hipótese de “nulidade absoluta” ou com a “nulidade de pleno direito”, cujo conhecimento “de ofício” pelo órgão jurisdicional está previsto, expressamente, na regra insculpida no parágrafo único do art. 146 do Código Civil de 1916 e no parágrafo único do art. 168 do Código Civil de 2002. Diante do texto expresso, a única dúvida que poderia remanescer estaria no fato de que o “conhecimento de ofício” somente seria “obrigatório” na hipótese de a “nulidade restar provada”.

Admitindo-se, por hipótese, a restrição da objeção da nulidade provada, o ponto que deve ser objeto de análise deslocaria da “natureza da matéria de ordem pública” para o âmbito do cabimento de dilação probatória no âmbito do processo em que surgisse dúvida sobre a nulidade cuja demonstração (da nulidade) dependesse de instrução probatória. A matéria reveste-se de especial importância no processo de conhecimento, em especial no que tange à produção do efeito material decorrente da declaração de nulidade, à luz da incidência, ou não, da agregação da qualidade de imutabilidade desses efeitos materiais. Isto porque, a rigor, a objeção, no âmbito do processo de conhecimento, impõe a não incidência da preclusão *pro iudicato*, quanto a instrução preparatória. O alcance dessa assertiva, ou seja, in incidência da *preclusão pro iudicato* quanto à instrução preparatória, implica na não-preclusão das atividades jurisdicionais cognitiva e de instrução probatória.

5.8 A cognição da objeção como critério de publicização do objeto do processo

A matéria de ordem pública que implica na cognição por objeção, vale dizer, na cognição de ofício, implica na ampliação do objeto da cognição por iniciativa do órgão jurisdicional. De certo modo, a ampliação do objeto da cognição implica na ampliação do objeto do processo. No Brasil, o fenômeno da ampliação do objeto do processo, em razão da ampliação do objeto da cognição, não tem aplicação nos moldes em que restou positivado no artigo 469 do Código de Processo Civil. Isto porque, embora objeto de decisão, a matéria sobre a qual recai a cognição por

objeção reveste-se no plano da decisão de mera incidentalidade insuficiente para agregar a qualidade de imutabilidade dos efeitos materiais produzidos pela decisão *incidenter tantum*. A lógica desse mecanismo está em conceber o objeto do processo limitado pelo pedido formulado pelo demandante (Arts. 128 e 460, CPC).

No entanto, essa não é a tônica do mecanismo próprio do mandado de segurança, nem tampouco do mecanismo próprio de um sistema que migrou dos limites impostos pelo princípio da correlação da sentença ao pedido para os confins da fungibilidade, pelo menos no que tange ao regime jurídico da cognição na tutela específica, conforme dispõe, expressamente, o artigo 461 do Código de Processo Civil.

5.9 A cognição e a declaração: cognição necessária e cognição suficiente para a declaração

No que tange a cognição, tem-se ressaltado, com justa razão, o extraordinário esforço de Kazuo Watanabe no sentido de sistematizar a análise da cognição, cujos resultados foram publicados na obra “Da cognição no Processo Civil”. Nessa mesma linha de alcance do máximo de resultado decorrente da técnica da cognição, impõe-se destacar os esforços e os resultados alcançados por Luiz Guilherme Marinoni, cujo eixo metodológico, centrado na tutela de urgência, de natureza cautelar e satisfativa, tem proporcionado a ampliação do campo objeto de investigação científica por parte dos operadores do direito.

Na medida em que o eixo metodológico centra-se na tutela de urgência, constata-se um imperativo categórico consistente no exame da tutela diferenciada, positivada no ordenamento jurídico, porém sob o prisma da cognição, porque, conforme advertiu Kazuo Watanabe, “é a *cognição* uma importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada”, já que: “Não se pode negar [...] a utilidade da cognição como técnica para a concepção de

diferentes tipos de procedimento, com vistas à instrumentalidade do processo”⁴⁶². Nessa linha de raciocínio, impõe-se reter o foco na cognição enquanto atividade jurisdicional *necessária* “para conceder a prestação jurisdicional precisa”⁴⁶³. De outro lado, impõe-se reter o foco, também, sobre outro aspecto da efetividade da tutela jurisdicional a partir da cognição enquanto atividade jurisdicional *suficiente* para “conceder a prestação jurisdicional precisa”⁴⁶⁴.

Assim, à luz do binômio “cognição necessária e suficiente” para a concessão da tutela jurisdicional, possibilitou-se a análise da “tutela jurisdicional diferenciada”, o que comprovou as teses de Kazuo Watanabe no sentido de que “a *cognição* é, antes e tudo, um ângulo visual importantíssimo para o estudo do processo no plano teórico e em sua realização concreta” e de que “é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela dos direitos materiais.”⁴⁶⁵

Ao buscar a explicação para o fenômeno da atividade jurisdicional cognitiva e a atividade jurisdicional decisória, no âmbito da tutela monitória, constata-se que o fenômeno da disciplina da tutela jurisdicional, em sua expressão cognitiva e em sua expressão decisória, está condicionada pela necessidade de atividade jurisdicional. Em primeiro lugar, a premissa fundamental é a de que a tutela monitória é uma espécie de tutela diferenciada.⁴⁶⁶ Nessa perspectiva, importa examinar se a característica de tutela diferenciada decorre do fato do corte epistemológico da cognição, da celeridade procedimental ou da forma de entrega da tutela jurisdicional.

⁴⁶² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 36.

⁴⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 47.

⁴⁶⁴ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 47.

⁴⁶⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 47.

⁴⁶⁶ Vide por todos: TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Segundo José Rogério Cruz e Tucci:

Tutela jurisdicional diferenciada é utilizada para indicar, em contraposição ao procedimento ordinário, a reunião de vários procedimentos – estruturados a partir de peculiaridades de certas categorias de situações substanciais – de natureza plenária ou sumária (cautelar ou sumária *tout court*), e que se apresentam como uma das vertentes para sintonizar a justiça civil às garantias processuais ditadas pelo texto constitucional.⁴⁶⁷

Ao referir-se às técnicas para obtenção de tutelas diferenciadas, Antonio Carlos Marcato ressalta a “necessidade de adoção de técnicas adequadas [...] que levem em conta a efetividade do resultado desejado pela parte e os instrumentos para tanto necessários,” destacando que “entre essas técnicas tem especial importância a que leva em conta a intensidade da cognição.”⁴⁶⁸

Na tutela monitória, organizou-se atividade jurisdicional que permite a criação de um título executivo judicial sem que o mesmo se constitua em sentença condenatória. E mais: nem mesmo de sentença há de tratar-se no caso concreto, pelo menos nos moldes tradicionais em que se situa essa categoria processual. O argumento decorre do texto expresso de lei, o qual prevê que i) na hipótese de não pagamento e não-oferecimento de embargos ao mandado monitório, o título judicial constitui-se *de pleno direito*; ii) na hipótese de rejeição dos embargos ao mandado monitório, o título executivo judicial constitui-se, também, *de pleno direito*.

Essa técnica consistente na constituição de título executivo judicial, de pleno direito, revela um elevado grau de sofisticação legislativa que carece de maior investigação teórica, em função das consequências lógico-categóricas da adoção de técnica com esse grau de sofisticação.

⁴⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação monitória*, p. 19.

⁴⁶⁸ MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitório brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

Uma primeira indagação consiste na aparente perplexidade decorrente do fato de criação de um título executivo judicial que não corresponda, exatamente, ou melhor, em nada mesmo, à sentença condenatória cível, a qual constitui-se em título executivo judicial por excelência. A investigação da natureza do título executivo judicial, criado em sede de tutela monitória, é tema pertinente ao plano da técnica de celeridade procedimental aliada à técnica da cognição e da técnica dos efeitos materiais primários e secundários. Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, a meu ver com argumentos válidos, a cognição, na tutela monitória, amolda-se à espécie de cognição exauriente *secundum eventum defensionis*:

O procedimento monitório é resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis* [...] A não apresentação de embargos faz surgir o título executivo, ficando o juiz impedido de determinar a produção de prova tendente à averiguação da existência do direito afirmado, que, na verdade, é considerado existente por ficção legal.⁴⁶⁹

Procurando distinguir na atividade jurisdicional cognitiva o objeto da cognição desenvolvida no processo da tutela monitória, constata-se que a cognição para a declaração da probabilidade é incompleta, já que a mesma recai somente sobre o fato constitutivo do direito de crédito alegado pelo autor e sobre a “prova escrita” através da qual o autor demonstra a “probabilidade de existência do fato constitutivo de seu alegado crédito”. Essa cognição incompleta é suficiente para a declaração de probabilidade da veracidade da afirmação de existência do direito de crédito.

E, de fato, a exemplo do que ocorre nas sentenças, que contém uma eficácia declaratória, também o provimento jurisdicional que ordena a expedição do mandado de pagamento contém, em si, uma eficácia declaratória da probabilidade de existência do fato constitutivo do direito do autor bem como contém a eficácia declaratória da probabilidade de veracidade da afirmação de existência do direito de crédito, cujas declarações, fundadas em cognição incompleta, revestem-se do caráter

de provisoriedade, decorrente do fato de que a cognição colhe a realidade fática parcialmente,⁴⁷⁰ na medida em que reserva a possibilidade de reação do réu, onde o mesmo poderá ampliar o objeto da cognição através da dedução de exceção.

O fato é que há uma declaração de probabilidade da veracidade do fato alegado pelo autor. O problema a ser equacionado e solucionado consiste na produção do efeito material decorrente da declaração de probabilidade de existência do direito de crédito afirmado. Nesse aspecto, impõe-se examinar a natureza jurídica do provimento jurisdicional declaratório de probabilidade da existência do direito de crédito afirmado pelo autor. A natureza do provimento jurisdicional que declara a probabilidade de existência do direito de crédito, afirmado pelo autor, na demanda monitória, pode ser definida sob o critério topológico, e, segundo esse critério, positivado no artigo 162, § 1º do CPC, reveste-se da natureza de sentença o ato do juiz que põe fim ao processo.

Sem imiscuir diretamente na validade do critério eleito pelo legislador para definir o provimento jurisdicional decisório como sentença, pode-se constatar que não é descartável a hipótese de o provimento jurisdicional que defere a expedição do mandado de pagamento constituir-se em verdadeira sentença. Nessa linha de raciocínio, com a ordem de pagamento ou de entrega, terminaria o processo de conhecimento da ação monitória. Os embargos ao mandado monitório, por sua vez, daria início a uma outra relação jurídica processual, cuja natureza incidental e pela natureza de conexão sucessiva, constituir-se-ia uma outra ação.

Porém, mais importante é o exame da definitividade do efeito material desse provimento jurisdicional à luz do exaurimento do ofício jurisdicional. O problema da

⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*, p. 41.

⁴⁷⁰ A realidade fática parcial que é colhida pela cognição necessária para a expedição da ordem de pagamento ou de entrega não decorre de “corte” imposto pela norma, mas, fundamentalmente, da própria natureza especial da tutela, a qual, pelo momento em que é exigida a atividade cognitiva e decisória somente por ter por objeto o “fato constitutivo do direito do autor”, e a “demonstração da veracidade dessa afirmação” mediante a “prova escrita sem eficácia executiva”, já que a ordem é emitida *inaudita altera pars*.

imutabilidade dos efeitos materiais primários decorrente de declaração suficiente calcada em cognição incompleta, cuja cognição exauriente é desnecessária pela ausência de ampliação da cognição pelo fato da inércia do réu, deve ser examinado à luz do *non bis in eadem* a que está submetida a atividade jurisdicional cognitiva no plano da tutela monitória.

Digo *non bis in eadem* pelo fato de que, com a inércia do réu, não há ampliação do objeto da cognição, razão pela qual o órgão jurisdicional não exercerá cognição, já que essa recairia, se exigida fosse, sobre o mesmo objeto da cognição exercida para a declaração da probabilidade.

Ora, se o sistema dá atuação ao princípio do *non bis in eadem*, impõe-se extrair desse princípio o máximo de operacionalidade satisfatória. Nessa linha de maximização do *non bis in eadem* tem-se o fato do *exaurimento do ofício jurisdicional* como critério norteador para a definitividade dos efeitos materiais do provimento jurisdicional, em sede de tutela jurisdicional diferenciada, quando a cognição é suficiente para a declaração com observância do contraditório.

Mas essa técnica consistente na criação de um título executivo judicial que não consiste, exatamente, na sentença condenatória civil, não é nova no ordenamento jurídico positivo. Refiro-me à disciplina do sistema de freios e contrapesos da tutela de urgência de natureza cautelar, o qual dispõe da técnica de responsabilidade civil objetiva para os casos de perda da eficácia da liminar ou da medida cautelar, previstos nos artigos 808 e 811 do Código de Processo Civil. Na forma prevista no parágrafo único do artigo 811, do Código de Processo Civil, tem-se que as “perdas e danos” decorrentes da efetivação da medida cautelar, serão liquidadas nos mesmos autos do processo cautelar.

Essa situação implica desvendar a solução do seguinte dilema: a) ou exige-se que a sentença no processo cautelar condene o requerente ao pagamento da indenização

das perdas e danos decorrentes da efetivação da medida cautelar; b) ou admite-se que a sentença que extingue o processo cautelar, mediante as hipóteses disciplinadas naquele dispositivo, nada condena, constituindo-se ela (a sentença) em fato jurídico, escolhido pelo ordenamento jurídico positivo, ao qual se agrega a eficácia executiva.

As hipóteses alternativas acima implicam no fato de que a situação normada escapa ao crivo da perspectiva ortodoxa na criação de um título executivo judicial. Assim: a) ou admite-se a criação de um título executivo judicial (sentença condenatória de indenização de perdas e danos) sem processo de conhecimento; b) ou admite-se a criação de um título executivo judicial que não se constitua em sentença condenatória.

A opção por uma das soluções aventadas esbarra na perspectiva ortodoxa, à luz da qual não seria suficiente para a explicação do fenômeno jurídico consistente na criação de um título executivo judicial, embora essa solução tenha sido adotada em plena vigência dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, mas em sede de tutela diferenciada. Ainda que superada a perspectiva ortodoxa, mediante a admissão da criação do título executivo judicial, não-sentença condenatória, ainda resta toda a problemática da análise da ocorrência, ou não, da coisa julgada material. Noutras palavras, integrada a eficácia executiva, mediante a liquidação das perdas e danos, do título executivo judicial, consistente na sentença que extingue o processo cautelar, poder-se-ia falar, aí, em coisa julgada material?

A problemática consistente na ocorrência, ou não, da coisa julgada material, em função da criação de um título executivo judicial, a exemplo do que ocorre no caso do artigo 811, parágrafo único do Código de Processo Civil, implica no exame sistemático da cognição necessária e suficiente para a declaração, e, em seguida, no exame da suficiência da declaração para produção de efeito material ao qual agregasse a qualidade de imutabilidade, independentemente de o efeito material constituir-se em efeito primário ou secundário, ou mesmo ter sido objeto de declaração principal.

É certo que o ponto nodal da questão está na cognição. E mais: na cognição necessária e na cognição suficiente para a declaração. Veja-se, aqui, em apertada síntese, passo a passo, as fases que envolvem a criação do inusitado título executivo judicial, sob a perspectiva da cognição e de declaração.

Numa resposta rápida tem-se que a sentença que extingue o processo cautelar, naquelas hipóteses, estabelece o resultado consistente na certeza da obrigação de indenizar as perdas e danos. Assim, essa certeza, quanto a existência da obrigação de indenizar, é efeito material secundário da sentença que decreta a extinção do processo cautelar. Não importa qualquer referência a elemento subjetivo (culpa ou dolo), porque o sistema impôs o mecanismo da responsabilidade objetiva. Portanto, não haveria necessidade de atividade jurisdicional cognitiva que tivesse por objeto questões de fato que caracterizasse a culpa ou dolo. Nada mais lógico que dispensar o órgão jurisdicional de atividade inútil. Portanto, a sentença que decreta a extinção do processo cautelar, naquelas hipóteses, constitui-se em suporte fático da hipótese de responsabilidade objetiva, a qual tem, em si, os elementos caracterizadores da certeza da existência da responsabilidade dessa natureza: fato e nexo de causalidade.

Nessa linha de raciocínio, não parece adequado exigir-se um processo de conhecimento que tenha por objeto questões consistentes no fato da efetivação de medida cautelar que posteriormente perdeu a eficácia, porque, a rigor, a cognição desenvolvida no processo cautelar, relativamente ao suporte fático da perda da eficácia, é suficiente para a declaração da existência do suporte fático da indenização das perdas e danos. Logo, a declaração de perda de eficácia da medida cautelar produz um efeito secundário consistente na certeza da existência da obrigação de indenizar.

A constatação desse efeito material secundário da sentença é suficiente para compreender a desnecessidade da declaração da obrigação de indenizar que decreta a

extinção do processo cautelar. Logo, a cognição para a declaração da ocorrência do fato que implica a perda da eficácia da medida cautelar é rigorosamente a mesma cognição para a declaração suficiente da existência da obrigação de indenizar. Por essa razão, a cognição necessária para a decretação da perda da eficácia da medida cautelar é suficiente para a declaração da existência da obrigação de indenizar. O sistema calcado na técnica da tutela diferenciada colhe o fato da declaração da ocorrência do fato que implica na perda da eficácia da medida cautelar para o fim de agregar-lhe o efeito material consistente na obrigação de indenizar. Esse efeito material, consistente na certeza da existência da obrigação de indenizar, trata-se de *efeito secundário*.

Na medida em que se constata que “a certeza da obrigação de indenizar”, nesse caso, trata-se de *efeito secundário*, é importante realçar que esse *efeito secundário* é assim considerado em relação ao eventual *efeito primário* da tutela jurisdicional cautelar.⁴⁷¹ Não se pode negar que um efeito material produzido por sentença prolatada em processo cautelar trata-se de *efeito secundário*. Mas também não se pode negar que esse efeito material secundário possa ser aproveitado pelo ordenamento jurídico em sua totalidade, em especial pelo fato do *exaurimento do ofício jurisdicional*.

Assim, exaurido o ofício jurisdicional (ou atividade jurisdicional) cognitiva, não há mais lugar para o exercício dessa atividade jurisdicional, em estrita observância do princípio lógico.

⁴⁷¹ Na sistemática ortodoxa, a tutela cautelar é infensa à produção de efeitos materiais. No entanto, mais em razão da ausência de exame sistemático do que em função da natureza cautelar. Porque, por óbvio, se a sentença cautelar constitui-se, em si, um fato declaratório, nada, a não ser a própria natureza da cognição, poderia impedir o aproveitamento dos efeitos materiais produzidos, colhendo-se melhor aproveitamento dos resultados obtidos na tutela jurisdicional.

5.10 O problema da certeza da obrigação decorrente do fato da sentença: o efeito material secundário consistente na certeza da existência da obrigação

A sentença é, antes e acima de tudo, um ato jurídico. Como todo ato jurídico, a sentença tem um conteúdo e produz efeitos. Os efeitos correspondem ao conteúdo da sentença, mas não se confundem com eles. Existem efeitos primários e efeitos secundários; existem efeitos processuais e efeitos materiais; existem efeitos primários processuais e efeitos primários materiais; existem efeitos secundários processuais e efeitos secundários materiais.

Numa análise gizada pelo gênio de José Carlos Barbosa Moreira, ficou clara a necessidade de distinguir-se entre o conteúdo da sentença e os efeitos por ela produzidos. Assim, após tecer considerações próprias da distinção entre o ato jurídico e seus efeitos, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

Subsiste, incólume, a verdade básica: uma sentença pode conter elementos diversos e produzir, por via de consequência, efeitos também diversos. O elemento declaratório, em particular, está presente em qualquer sentença. A cada elemento corresponderá um efeito próprio, sem que isso nos autorize a identificar este com aquele, nem a embutir no conteúdo da sentença aquilo que ela projeta no mundo exterior. Eis aí tudo, ou quase tudo, que cabe dizer em termos genéricos, sem forçar os contornos do real.⁴⁷²

Aproveita-se do escólio de José Carlos Barbosa Moreira, a necessidade de distinguir-se entre o conteúdo da sentença e os efeitos por ela produzidos, pode-se concluir que essa mesma análise deve ser refeita, agora, já não mais sob o prisma exclusivo da “sentença e seus efeitos”, mas, sim, substituindo-se o termo “sentença” pelo vocábulo “provimento jurisdicional”. Isto porque a distinção feita por José Carlos Barbosa Moreira teve em linha de consideração apenas a sentença já que, à época em que elaborou seu escólio, o ordenamento jurídico positivo era escasso no

⁴⁷² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Conteúdo e efeitos da sentença variações sobre o tema*, p. 35.

que tange à tutela jurisdicional diferenciada. No entanto, com a introdução de novos modelos de tutela jurisdicional, é possível aproveitar-se do escólio mencionado com a finalidade de projetá-lo e adequá-lo ao regime jurídico da tutela jurisdicional diferenciada. Logo, também no que diz respeito aos efeitos materiais primários e secundários dos provimentos jurisdicionais diferenciados impõe-se colher o máximo de efetividade com o grau de definitividade adequado.

A cognição suficiente para a produção do efeito material exige a cognição em contraditório, o que implica no exame da questão consistente no procedimento adequado. Conforme alerta Kazuo Watanabe:

É através do *procedimento*, em suma que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. Os limites para a concepção dessas várias formas são os estabelecidos pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e pelos princípios que compõem a cláusula do “devido processo legal”.⁴⁷³

Portanto, a certeza é um efeito material da declaração que tem por suporte a cognição suficiente para a declaração. Assim, a declaração suficiente para a produção do efeito material certeza exige o mínimo de observância do contraditório, realizado em procedimento adequado.

5.11 A cognição plena e exauriente como elemento conceitual essencial da coisa julgada material

A técnica de combinação dos planos da cognição, em função do procedimento, permite equacionar o problema da definitividade da solução adotada no caso concreto. A “definitividade da solução”, em termos processuais, ocorre com a “coisa

⁴⁷³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 124.

julgada material”. A coisa julgada material, por sua vez, em concepção adotada por Liebman, consiste na “qualidade de imutabilidade dos efeitos materiais de uma sentença não mais sujeita a recurso.”⁴⁷⁴

A sentença, erigida a elemento conceitual essencial da coisa julgada material, é uma espécie de provimento jurisdicional decisório. Dentre os provimentos jurisdicionais decisórios encontram-se os que produzem efeitos materiais e os que não produzem efeitos materiais. Dentre os provimentos que produzem efeitos materiais encontram-se os chamados “provimentos jurisdicionais decisórios interlocutórios” (ou decisões interlocutórias”, e, de outro lado, os provimentos jurisdicionais decisórios finais”. A característica de provimento jurisdicional decisório final está jungida, essencialmente, ao aspecto de “exaurimento do ofício jurisdicional.”

Nessa perspectiva, somente poderia submeter-se ao regime da imutabilidade os efeitos materiais dos provimentos jurisdicionais finais. No entanto, o critério da imutabilidade dos efeitos materiais dos provimentos jurisdicionais calcado na cognição plena e exauriente carece de sistematização a partir do ângulo visual consistente no exaurimento do ofício jurisdicional cognitivo no âmbito da tutela jurisdicional diferenciada, já que, nessa, nem sempre o provimento jurisdicional que produz os efeitos materiais são finais.

⁴⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 37-70.

CAPÍTULO VI

A TUTELA JURISDICIONAL EM SENTIDO ESTRITO: O PROBLEMA DA CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS COM BASE NO CRITÉRIO DO RESULTADO A SER OBTIDO NO PLANO DO DIREITO SUBSTANCIAL

1. Considerações gerais

O novo quadro dogmático do ordenamento jurídico processual exigiu a revisão do eixo metodológico específico da temática da tutela jurisdicional. Em primeiro lugar, foram introduzidos instrumentos processuais que implicavam na superação dos obstáculos apresentados pelo processo civil clássico. Em segundo lugar, a opção do legislador não foi a de apresentar um quadro completo, fruto de uma opção por uma outra proposta doutrinária científica. Por essa razão, o intérprete deve rever as propostas científicas consolidadas no modelo superado, confrontando o modelo positivado no ordenamento jurídico com as propostas científicas que culminaram na alteração levada a efeito. Ao final, devem restar evidenciados os pressupostos teóricos informativos do novo modelo processual, ao mesmo tempo em que devem ser apresentados os resultados consistentes na construção dogmática específica da tutela jurisdicional. Assim, na medida em que o ordenamento jurídico vigente introduziu instrumentos capazes de propiciar um grau mínimo de efetividade ao processo, tornou-se necessária a concentração máxima na elaboração da nova dogmática do processo civil, à luz da efetividade da tutela dos direitos.

Conforme anotou Luiz Guilherme Marinoni: “O grande desafio da doutrina contemporânea não é o de apenas estudar as novas técnicas de tutela, mas sobretudo o de, a partir das reais necessidades do direito material, isolar e delinear as tutelas que devem responder de forma adequada a essas necessidades”.⁴⁷⁵ Nesse sentido, o exame da tutela jurisdicional, à luz do critério do resultado a ser obtido no plano do

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 62.

direito substancial, de modo isolado das técnicas processuais para a obtenção desse resultado, consiste em verdadeira chave mestra para a elaboração da nova dogmática do processo, por duas razões: primeiro, porque só tem sentido falar em efetividade do processo à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial; segundo, porque o processualista se obriga a revisar o modo de classificação da tutela jurisdicional para tornar mais acessível a temática da efetividade no plano da técnica processual. Por outro lado, a necessária distinção entre ilícito e dano e a distinção entre sanção voltada contra o ilícito e sanção voltada contra o dano, também representa mais uma chave mestra para a nova dogmática do processo civil contemporâneo. Tanto que, como foi visto, a tutela sancionatória tanto pode voltar-se contra o ilícito como pode voltar-se contra o dano. O redimensionamento do conceito de sanção, na perspectiva do processo civil contemporâneo, influencia de modo absoluto a temática da classificação da tutela dos direitos. É que, a rigor, a classificação das tutelas, com base no resultado preordenado no plano do direito substancial, reflete na classificação das sanções como medidas de aplicação da sanção, ou a consequência, ou, ainda, o comando sancionatório, na concepção de Eduardo Talamini.⁴⁷⁶

A consequência do redimensionamento do conceito de sanção atinge diretamente o problema da classificação das tutelas dos direitos. Portanto, no que tange à tutela dos direitos, constata-se que sua classificação, com base no resultado preordenado no plano do direito substancial, corresponde, a rigor, à classificação das sanções, em sentido estrito. Assim, em primeiro lugar, é importante compreender que a tutela jurisdicional dos direitos sempre terá um caráter sancionatório, sendo, pois, inválida a tentativa de classificação das tutelas jurisdicionais a partir de uma distinção que partisse pura e simplesmente de uma contraposição entre tutela sancionatória e outra tutela qualquer. Isso porque, a tutela jurisdicional ou será exercida como competência para a aplicação da sanção ou será exercida como competência para a atuação da sanção.

⁴⁷⁶ TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 166.

No entanto, não se pode transpor para o plano da classificação da tutela jurisdicional dos direitos toda a classificação das sanções em sentido estrito, ainda que calcada em critérios válidos para a sua classificação (das sanções), já que, no plano da classificação da tutela jurisdicional dos direitos, somente o critério assentado nos resultados preordenados no plano do direito substancial guarda sentido de validade.⁴⁷⁷

Na árdua tarefa de construção da dogmática do processo civil contemporâneo, constata-se várias vias de acesso à temática da classificação da tutela dos direitos. Para fins deste trabalho, serão objeto de análise duas propostas apresentadas pela doutrina, as quais partem propositadamente do critério consistente nos resultados preordenados no plano do direito substancial. Uma dessas vias foi adotada por Cândido Rangel Dinamarco; a outra, por Luiz Guilherme Marinoni. E essas duas vias é que serão objeto de análise no presente trabalho.⁴⁷⁸

2. A proposta de classificação das tutelas jurisdicionais por Cândido Rangel Dinamarco

Cândido Rangel Dinamarco examina o problema da tutela sob dois prismas: o primeiro, a partir do “sistema processual pelos resultados que é capaz de oferecer em face de diferentes situações da vida trazidas em busca de remédio.”⁴⁷⁹ Essas situações, segundo Dinamarco, “são três e três são os possíveis resultados da jurisdição, assim dispostos: a) crise de certeza, tutela declaratória, resultado *certeza*; b) crise de situações jurídicas, tutela constitutiva, resultado *modificação jurídica*; c)

⁴⁷⁷ Nesse sentido, tem razão Luiz Guilherme Marinoni, ao referir-se à classificação das sanções apresentadas por Eduardo Talamini assim afirma: “Eduardo Talamini, aliás, imagina que classificar as tutelas seja o mesmo que classificar as sanções [...]”. (*Tutela inibitória*, 3. ed., p. 130.)

⁴⁷⁸ Deve-se advertir que existem outras vias de acesso a essa temática. No entanto, essas duas são as que melhor representam a problemática da classificação, embora não se negue, às demais, a validade de suas propostas. A opção pela redução do âmbito de análise é apenas metodológica.

⁴⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 152.

crise de adimplemento, tutela executiva, resultado *atribuição do bem da vida*.”⁴⁸⁰ A partir desse critério, é possível concluir que, para Dinamarco, as tutelas poderiam ser classificadas em tutela declaratória, tutela constitutiva e tutela executiva, as quais proporcionariam os seguintes resultados: certeza, modificação jurídica e atribuição do bem da vida.

Traçadas essas considerações, Cândido Rangel Dinamarco prossegue na temática da tutela jurisdicional, afirmando que: “Sempre pela ótica da natureza dos resultados jurídico-materiais, a tutela jurisdicional será preventiva, reparatória ou sancionatória.”⁴⁸¹ Assim, para Dinamarco, uma tutela será preventiva “nas hipóteses em que a lei material predispõe meios de evitar a violação de direitos ou o agravamento de situações desfavoráveis.”⁴⁸² Cândido Rangel Dinamarco chega a fazer referência à modalidade de tutela inibitória, afirmando: “Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a *tutela inibitória* (ação de nunciação de obra nova etc).”⁴⁸³

Quanto à tutela reparatória, Cândido Rangel Dinamarco a compreende pelo aspecto finalístico de “restabelecer situações”, já que “[...] consumados os atos comissivos ou as omissões lesivas, resta dar remédio à situação criada (*repará-la*), o que o direito material manda que se faça mediante a recondução dos sujeitos, na medida do possível, ao estado precedente à transgressão.”⁴⁸⁴

Vê-se que, para Dinamarco, no campo de cobertura da tutela reparatória estariam compreendidas as modalidades de tutelas executivas *lato sensu*, na medida em que

⁴⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 152.

⁴⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 152.

⁴⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 152.

⁴⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

⁴⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

menção o exemplo da tutela possessória;⁴⁸⁵ a tutela executiva *stricto sensu*, citando, como exemplo, o “caso mais simples da sentença, seguida de execução, com que o credor obtém coisas ou dinheiro devidos *etc*;” e, ainda, tutelas reintegratórias, ou de remoção do ilícito, citando a título de exemplo, o “*mandado de segurança*, fazendo com que a autoridade administrativa reintegre no cargo funcionário demitido sem defesa.”^{486 487}

Para Dinamarco, a tutela reparatória seria um gênero que comportaria várias espécies. Acrescente-se, ainda, que no gênero “tutela reparatória”, o processualista admite, ainda, “tutela específica”, sempre que jurídica ou materialmente seja possível, razão pela qual admite uma tutela reparatória na forma específica, contrapondo-a à tutela ressarcitória, à qual seria a modalidade de tutela reparatória que “[...] consiste propiciar *dinheiro* em lugar do bem ou da situação subtraída ao demandante, em casos como a perda ou destruição do bem devido, a alienação a terceiro do imóvel prometido à venda (sem que a promessa haja sido levada a registro)”.⁴⁸⁸

Por fim, em seu quadro de classificação da tutela jurisdicional, Cândido Rangel Dinamarco refere-se a “[...] *tutela sancionatória*, caracterizada por medidas de repressão, verdadeiros castigos a certas condutas indevidas”, a qual tem cabimento nas situações “[...] em que o direito material oferece à parte inocente o acesso a uma situação jurídica nova, em razão da conduta antijurídica de outro sujeito. É o caso da rescisão de contrato (CC, art. 1.092, par.); ou da anulação de ato administrativo porque realizado de modo contrário à lei e danoso ao sujeito que vem a juízo

⁴⁸⁵ Isso porque, mesmo para quem nega a classificação quinária, as ações possessórias seriam exemplos típicos de ações executivas em sentido amplo.

⁴⁸⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

⁴⁸⁷ A referência, aqui, quanto ao sentido de tutela reintegratória, ainda não coincide com o seu sentido qualificado mediante o emprego de técnica coercitiva direta.

⁴⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

reclamar (Súmula 473 STF); ou da separação judicial por conduta desonrosa ou grave violação a deveres do matrimônio.”⁴⁸⁹

3. A proposta de classificação das tutelas jurisdicionais por Luiz Guilherme Marinoni

3.1 Considerações gerais

A outra via de acesso ao problema da classificação das tutelas foi apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, o qual compreendeu, com a sua peculiar sensibilidade, a necessidade de elaboração de uma classificação das tutelas dos direitos, adequada aos cânones da nova dogmática do processo civil contemporâneo. Para tanto, propôs um “Esboço de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material”,⁴⁹⁰ para cuja consecução advertiu ser necessário “tomar em consideração os problemas que são próprios à tutela civil dos direitos”. Para dar cabo dessa empreitada, Marinoni partiu, inicialmente, de “uma discussão que vem sendo travada principalmente entre os civilistas italianos em torno da diferença entre a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória”.⁴⁹¹ No entanto, à luz das alterações introduzidas no direito processual civil brasileiro, sob a égide da efetividade, Luiz Guilherme Marinoni acabou revisitando, várias vezes, sua proposta inicial de classificação, buscando seu aperfeiçoamento.

3.2 Breves observações sobre a classificação das tutelas proposta por Luiz Guilherme Marinoni

A partir da premissa de que, na temática da tutela dos direitos, o que mais interessa é o problema da efetividade, o que implica na sua análise à luz do princípio

⁴⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 154.

⁴⁹⁰ MARINONI, Tutela Inibitória, p. 410.

da adequação ao resultado preordenado no plano do direito substancial, a ser realizado pelo processo, Luiz Guilherme Marinoni entende que classificar as tutelas é classificar os resultados do processo no plano do direito material.⁴⁹² E mais: a temática da classificação se liga às medidas coercitivas, ou técnicas processuais de tutela, razão pela qual segue um outro pressuposto: o da “tutela que se liga às medidas coercitivas, que aparece como resposta às novas exigências de tutela”, já podendo falar aí em um binômio tutela-medida coercitiva, o qual “passa a demandar nova classificação das tutelas.” Em seu projeto de classificação, as tutelas como resultados do processo no plano do direito substancial, são assim entendidas em função da sua necessária conjugação com as técnicas processuais, já que o problema da “não-satisfatividade” é um problema do resultado de uma determinada técnica e não da tutela dos direitos. Por isso, entende que o problema da classificação das tutelas somente tem relevância nas “[...] *tutelas* prestadas através das sentenças ‘não-satisfativas’,” porque, somente as sentenças ‘não satisfativas’, é que “podem ter o seu grau de efetividade graduado, conforme as necessidades do direito material”. E conclui: “Justamente por isso a efetividade deste tipo de sentença somente pode ser medida a partir da diferenciação das tutelas”.⁴⁹³

Assim, Marinoni justifica a classificação das tutelas em sentido estrito, em primeiro lugar, como tutelas declaratórias e tutelas constitutivas. Mas não vê relevância na exploração dessas espécies de tutela em sentido estrito, porque não seria “[...] necessário tentar encontrar na constituição formas diferenciadas de interferência no plano do direito material, uma vez que, ao se admitir a sentença constitutiva, parte-se do pressuposto de que a constituição é adequada à tutela do direito material.” E conclui, no sentido de que: “justamente por isso a efetividade deste tipo de sentença somente pode ser medida a partir da diferenciação das

⁴⁹¹ MARINONI, Tutela Inibitória, p. 410.

⁴⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 2. ed., p. 130.

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 131.

tutelas”.⁴⁹⁴ Por essa razão, em um aspecto, sua classificação não foge em muito, de outras, na medida em que compreende a necessidade de, em primeiro lugar, isolar duas classes de tutelas em sentido estrito, ambas de natureza satisfativas: a tutela constitutiva e a tutela declaratória.

Por outro lado, na medida em que a classificação das tutelas jurisdicionais do direito leva em conta, também, as técnicas processuais de tutela e nestas, aparecem as sentenças como técnicas processuais, mais especificamente, as sentenças declaratórias e constitutivas como técnicas de tutela, podia parecer que Luiz Guilherme Marinoni estaria incidindo em confusão. No entanto, assim não o é, porque, como ele mesmo adverte, não se deve confundir a tutela constitutiva com a sentença constitutiva;⁴⁹⁵ aquela é o resultado consistente na criação, modificação ou extinção de direitos e situações jurídicas; esta é a técnica para a obtenção do resultado.

E, diga-se de passagem, essa é a tônica da classificação proposta por Marinoni, quando afirma que: “[...] a presente classificação, ao contrário das classificações das sentenças, realmente espelha os resultados do processo no plano do direito material. Tem ela a capacidade de separar as diversas tutelas que se dirigem contra o ilícito e o dano, o que é fundamental quando se pensa na relação do processo com o direito material”. Isso porque, as “sentenças são técnicas que se destinam à prestação das tutelas. É por isso que uma mesma tutela “ressarcitória” pode ser prestada por duas

⁴⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 131.

⁴⁹⁵ Aliás, em observância ao critério de distinção entre tutela como resultado do processo no plano do direito substancial e as técnicas processuais de tutela, ou os meios para a obtenção dos resultados, essa confusão seria impossível. No entanto, esse esclarecimento se fez necessário para rebater a uma crítica que lhe havia sido endereçada por Eduardo Talamini, onde Luiz Guilherme Marinoni assim se expressa: “Quando a sentença constitutiva realiza o efeito jurídico invocado pela parte, evidentemente presta uma tutela, e assim produz um específico resultado no plano do direito substancial. Nessa linha, é pouco mais do que evidente que há uma tutela constitutiva, prestada através da sentença constitutiva. Ora, a sentença constitutiva está para a tutela constitutiva assim como a sentença condenatória e os meios de sub-rogação estão para a tutela ressarcitória. Resumindo: a tutela constitutiva, da mesma forma que a inibitória e a ressarcitória, representa um resultado do processo no plano do direito material”. (*Tutela inibitória*, 3. ed., p. 130).

sentenças distintas (pense-se, por exemplo, na tutela ressarcitória que pode ser prestada em dinheiro por meio da condenação, e na forma específica através da sentença mandamental)”.⁴⁹⁶⁻⁴⁹⁷

Postas essas considerações iniciais, veja-se a proposta de classificação apresentada inicialmente por Luiz Guilherme Marinoni, em 1998, na primeira edição de sua festejada obra “Tutela inibitória”:

i) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória na forma específica), ii) tutela reintegratória, iii) tutela do adimplemento e iv) tutela inibitória (aí inseridas a tutela inibitória que tem por escopo prevenir *tout court* a prática de um ilícito, as tutelas inibitórias destinadas a impedir a continuação ou a repetição de um ilícito, e as tutelas inibitórias relacionadas ao inadimplemento).⁴⁹⁸

Em um outro momento, Luiz Guilherme Marinoni revisitou o problema da classificação das tutelas que poderiam ser construídas a partir do artigo 461 do Código de Processo Civil e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, em sua obra “Tutela Específica”, primeira edição, publicada em 2000, donde se extrai a seguinte classificação: “tutela inibitória”, “tutela preventiva”, “tutela reintegratória ou de remoção do ilícito”, “tutela ressarcitória” e “tutela das obrigações de fazer e não-fazer na forma específica”.

Já na sétima edição da obra “A Antecipação da Tutela”, publicada em 2002, Marinoni volta a visitar o problema da classificação das tutelas, cujo resultado consistiu na redefinição da tutela inibitória, tornando-a um gênero que comportaria uma espécie de tutela inibitória (preventiva) executiva, com o que restou integrada na classe de tutela inibitória aquilo que, na obra Tutela Específica (publicada em

⁴⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 3. ed., p. 475.

⁴⁹⁷ Em seguida, na análise crítica dessa classificação, será retomada a questão dessa conjugação para o efeito de classificação das tutelas.

⁴⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 426.

2000), havia denominado de tutela preventiva executiva. Nesta mesma obra, refere-se à tutela do adimplemento na forma específica, mantendo essa classe de tutela, extraída da diferença entre ilícito e inadimplemento.

Nesse quadro, distingue-se as tutelas voltadas contra o ilícito das tutelas voltadas contra o dano. Mas não é só, importa distinguir não só o ilícito do dano, mas, também, o ilícito do inadimplemento. Razão pela qual propõe uma classe de tutela voltada para o inadimplemento, a qual reveste-se da natureza de tutela específica, distinguindo-se das demais tutelas voltadas contra o ilícito e mesmo da tutela ressarcitória do dano decorrente do inadimplemento. Para tanto, Luiz Guilherme Marinoni reserva a tutela ressarcitória como espécie de tutela voltada contra o dano, quer seja decorrente do ilícito quer seja decorrente do inadimplemento.

Para melhor compreensão, impõe-se considerar que Marinoni parece manter a distinção entre obrigação e obrigação legal (deveres jurídicos), nos termos que haviam sido propostos por Ovídio Baptista da Silva.⁴⁹⁹ No entanto, há profunda diferença entre o resultado da distinção na perspectiva da classificação da tutela em Luiz Guilherme Marinoni e aquele resultado extraído por Ovídio Baptista da Silva. Para o processualista gaúcho, a relevância na distinção era necessária para a delimitação dos campos de cobertura das sentenças condenatória e mandamental, tanto que, somente estariam no campo de cobertura das sentenças mandamentais as obrigações legais ou deveres jurídicos. Logo, as obrigações se mantinham no campo de cobertura das sentenças condenatórias. Não é esse o resultado extraído da distinção proposta por Marinoni, tanto que, o problema se passa apenas na distinção entre dever jurídico e obrigação para os fins de distinguir as tutelas voltadas contra o ilícito e as tutelas voltadas contra o inadimplemento.

⁴⁹⁹ Ovídio Baptista propõe uma distinção entre “o direito das obrigações e as obrigações legais, correspondentes a *deveres jurídicos* emergentes de outros domínios do direito que não seja o direito das obrigações” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 2, p. 351).

Mais recentemente, Luiz Guilherme Marinoni revisitou o problema da classificação das tutelas, na terceira edição de sua festejada obra *Tutela Inibitória*, publicada em 2003, na qual apresentou novo esboço de classificação das tutelas:

i) tutela ressarcitória (aí incluída a tutela ressarcitória na forma específica – arts. 461, 461-A, CPC e 84, CDC); ii) tutela reintegratória (de remoção do ilícito, arts. 461, CPC, e 84, CDC); iii) tutela de entrega e de restituição de coisas (art. 461-A, CPC); iv) tutela específica do adimplemento da obrigação contratual de fazer (inclusive no caso de cumprimento imperfeito – arts. 461, 461-A, CPC, e 84, CDC); v) tutela específica do dever legal de fazer (arts. 461, CPC, e 84, CDC); vi) tutela inibitória (aí inseridas a tutela inibitória que tem por escopo prevenir *tout court* a prática de um ilícito, as tutelas inibitórias destinadas a impedir a repetição ou a continuação do ilícito, e as tutelas inibitórias relacionadas ao inadimplemento - (arts. 461, CPC, e 84, CDC).⁵⁰⁰

Bem se vê, que a proposta de esboço de classificação de tutela apresentada por Marinoni vem sendo objeto de contínuo aperfeiçoamento, embora o mesmo prefira mantê-la sob o caráter de provisoriedade, já que se trata de uma temática extremamente nevrálgica no processo civil contemporâneo.⁵⁰¹

3.3 As tutelas voltadas contra o dano: tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia e na forma específica na concepção de Luiz Guilherme Marinoni

Luiz Guilherme Marinoni, ao tratar das tutelas voltadas contra o dano, prefere agrupá-las sob a locução "tutela ressarcitória", razão pela qual, para compreender a classe de tutela ressarcitória é necessário compreender uma classe de tutela voltada contra o dano. Isso quer dizer que o suporte fático da sanção ressarcitória apresenta elemento complexo consistente em, pelo menos, um fato ilícito e uma consequência

⁵⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 3. ed., p. 474.

⁵⁰¹ Porém, constata-se que, nesta última obra, não há referência à espécie de tutela preventiva executiva nem mesmo à espécie de tutela inibitória preventiva executiva. A ausência de referência à primeira espécie é perfeitamente compreensível, já que a mesma foi absorvida como espécie de tutela inibitória. No entanto, a ausência de referência quanto à espécie de tutela inibitória preventiva executiva, permite crer que o esboço apresentado na terceira edição da obra *Tutela inibitória* sofrerá pequeno ajuste, para fins de referência à espécie de inibitória não mencionada.

danosa do fato ilícito, noutras palavras: um fato danoso. Num segundo momento, Marinoni afirma que a tutela ressarcitória pode “[...]assumir as feições de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela ressarcitória pelo equivalente.” Logo, a tutela ressarcitória seria o gênero que comportaria, a princípio, duas espécies: a) tutela ressarcitória pela equivalência em pecúnia; e, b) tutela ressarcitória na forma específica.⁵⁰² Para Marinoni, “[...] a tutela ressarcitória pelo equivalente visa dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda constituir uma sanção contra aquele que agrediu um bem de conteúdo não patrimonial”. Já a tutela ressarcitória na forma específica visa “[...]“estabelecer uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado.”⁵⁰³

Para melhor compreender a classe de tutela ressarcitória na forma específica, é necessário considerar que a tutela específica não corresponde exclusivamente à noção de restituição do bem “in natura”, pois a tutela específica está em contraposição à tutela pelo equivalente em pecúnia. Assim, considerando-se a finalidade da tutela ressarcitória na forma específica, qual seja, “estabelecer uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado”, poder-se-ia estabelecer uma equivalência entre a tutela ressarcitória na forma específica e a reparação do dano *in natura*. O fato é que, na proposta de Marinoni a reparação do dano *in natura* amolda-se à espécie de tutela ressarcitória na forma específica que não exaure o âmbito de abrangência dessa espécie de tutela, porque existem casos em que “não é possível a reparação do dano *in natura*, embora seja possível a reparação do dano através de um meio não pecuniário”.⁵⁰⁴ O processualista paranaense⁵⁰⁵ menciona a hipótese de reparação de dano decorrente de “lesão à

⁵⁰² Veja-se que o fato de Luiz Guilherme Marinoni não empregar o termo “reparação” para a identificação das tutelas voltadas contra o dano acaba sendo um elemento complicador na sua classificação. No entanto, em outras passagens, refere-se à “reparação” com o sentido de ressarcimento.

⁵⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 158.

⁵⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 158.

honra” através da “publicação ou na transmissão da retificação”, o qual constitui-se em modalidade de reparação através de meio não pecuniário. Para Marinoni,⁵⁰⁶ “[...] a reparação *in natura* e a reparação através de um meio não pecuniário podem ser englobadas na noção de tutela ressarcitória específica”.

Portanto, pode-se compreender a tutela ressarcitória específica como a “tutela que objetiva estabelecer uma situação equivalente, ou mais perto possível da equivalente, àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido, ou ainda como a tutela que visa a reparar o dano através de um meio diferente do pecuniário”.⁵⁰⁷

3.4 As tutelas voltadas contra o ilícito e o inadimplemento: as tutelas inibitória, reintegratória e do inadimplemento na concepção de Luiz Guilherme Marinoni

3.4.1 Considerações gerais

Fiel ao pressuposto teórico do processo civil contemporâneo consistente no isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, Luiz Guilherme Marinoni propõe uma classificação de tutelas voltadas contra o ilícito, com base no resultado preordenado no plano do direito substancial, o que equivale dizer: tutelas jurisdicionais em sentido estrito voltadas contra o ilícito.

A rigor, por ser essa classificação calcada no ilícito, cujo conceito não reclama elemento subjetivo (culpa ou dolo) nem mesmo o elemento objetivo dano, Marinoni enfatiza que, nas hipóteses de tutelas voltadas contra o ilícito, não são pertinentes quais indagações a respeito desses elementos e apresenta, como espécies de tutelas

⁵⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 158-159.

⁵⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p.159.

⁵⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 159.

voltadas contra o ilícito, a seguinte proposta: tutela inibitória, tutela reintegratória ou de remoção do ilícito.

Por outro lado, ainda sob a matiz do ilícito, Luiz Guilherme Marinoni propôs uma classe de tutela voltada contra o inadimplemento. Ora, o inadimplemento é uma espécie de ilícito, de natureza contratual. Mas Marinoni entende que o fato do inadimplemento, enquanto modalidade de ilícito de natureza contratual, exige o elemento culpa, razão suficiente para justificar sua localização em um categoria autônoma.

3.4.2 Tutela inibitória

A tutela inibitória passou a ser tema constante da dogmática processual civil contemporânea, o qual exige certa compreensão a fim de que certas categorias não se sobreponham indevidamente. Isso porque, a reflexão da doutrina processualista sobre o problema da tutela inibitória no direito brasileiro é recentíssima. E é na perspectiva do processo civil contemporâneo que será examinado o problema da tutela inibitória. E mais: como ponto de partida, será considerado o perfil da tutela inibitória, enquanto modalidade de tutela jurisdicional em sentido estrito, assentada no critério do resultado preordenado no plano do direito substancial, nos termos em que foi delineado habilmente por Luiz Guilherme Marinoni. A princípio, vale ressaltar uma advertência do processualista, no sentido de que “o estudo da tutela inibitória, em outras palavras, constitui momento oportuno para se refundar a temática da tutela jurisdicional dos direitos.”⁵⁰⁸ De fato, Marinoni tinha razão, pois delineamento do “perfil da tutela inibitória”, envolve “uma série de questões, como a da plasticidade da tutela inibitória e dos limites para a imposição do fazer e do não-fazer, a da diferença entre a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito, a da fungibilidade

⁵⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 479.

da tutela inibitória, a da tutela inibitória antecipada, a da execução da tutela inibitória etc.”⁵⁰⁹

Em primeiro lugar, a compreensão de tutela inibitória, em Luiz Guilherme Marinoni, exige a compreensão de uma categoria cuja construção dogmática tem seu eixo metodológico assentado na aderência das diversas necessidades de tutela do direito substancial, a partir de suas peculiaridades e características, e, também, do papel que a tutela dos direitos cumpre na sociedade, como resultado de um eixo metodológico em que a temática das relações entre o processo e o direito substancial assumiu proporção avantajada, com o deslocamento da concepção de tutela do âmbito estritamente processual para o âmbito da tutela dos direitos. Portanto, a compreensão da tutela inibitória, na seara da tutela dos direitos, consiste em um modo de tutela delineado a partir dos resultados preordenados no plano do direito substancial.

Em segundo lugar, seguindo essa mesma linha metodológica, para que se compreenda a categoria consistente na tutela inibitória, é necessária a compreensão da tutela jurisdicional a partir da chave mestra consistente na distinção entre tutela jurisdicional como resultado no plano do direito material e tutela jurisdicional como meios ou técnicas de tutela, numa lógica em que a tutela jurisdicional seria gênero que comportaria duas espécies - de um lado, a tutela jurisdicional em sentido estrito (*stricto sensu*), delineada a partir do critério consistente no resultado a ser obtido no plano do direito material; e de outro, a tutela jurisdicional em sentido amplo, ou seja, as técnicas de tutela ou as técnicas processuais de tutela.

Em terceiro lugar, o ponto nodal do delineamento da tutela inibitória está assentado no pressuposto teórico do processo civil contemporâneo consistente na necessária distinção entre o ilícito e o dano. Luiz Guilherme Marinoni enfatiza, em suas conclusões, que: “o presente trabalho demonstrou a existência, no ordenamento

⁵⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 477-478.

jurídico brasileiro, de uma ação idônea à prevenção do ilícito”⁵¹⁰. Por se tratar de uma tutela voltada contra o ilícito, cumpre compreendê-la à luz de um dos seus traços conceituais: “Trata-se de ação que não tem entre seus pressupostos o dano, e que requer a probabilidade da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, do qual o dano é consequência meramente eventual.”⁵¹¹

Nesse traço eminentemente contemporâneo, constata-se um conceito de tutela inibitória no sentido de que “quando se pensa em uma tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida a uma reparação do dano.”⁵¹² Bem se vê que o ponto nodal para o isolamento dessa categoria é o ilícito, amoldando-se esse tipo de tutela a uma espécie de tutela voltada contra o ilícito. Por essa razão, afirma Marinoni que: “o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa”.⁵¹³

Para Luiz Guilherme Marinoni: “Essa tutela, que se volta para o futuro, contrapõe-se à idéia de que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito.”⁵¹⁴ Bem se vê, portanto, que o delineamento do perfil da tutela inibitória é produto de uma elaboração dogmática calcada em dois pressupostos do processo civil contemporâneo: de um lado, a necessária distinção entre ilícito e dano, já que se trata de “tutela que se volta para o futuro” contrapondo-se “à idéia de que a tutela ressarcitória é a única forma de tutela contra o ilícito”. Por isso: “Quando se pensa

⁵¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 477.

⁵¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 477.

⁵¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 36.

⁵¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 36.

⁵¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 477.

em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano”⁵¹⁵; de outro lado, a necessária distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo. Portanto, a rigor, no delineamento da tutela inibitória, seu aspecto seria o de uma tutela jurisdicional cuja classificação levaria em linha de conta seu assento no resultado preordenado no plano do direito substancial. No entanto, é necessário enfatizar que Luiz Guilherme Marinoni segue um outro pressuposto: o binômio tutela-medida coercitiva, o qual passa a demandar nova classificação das tutelas.

Por fim, o esforço no delineamento de uma categoria de tutela dos direitos autônoma, a exemplo da tutela inibitória, deve levar em conta o fato de que, a rigor, não se trata de uma categoria ausente do ordenamento processual brasileiro. Ela já existia. A constatação de sua pre-existência, porém, deve ser seguida de duas observações: uma, já apontada, consistente na ausência de estudo sobre essa modalidade; a outra, consistente no fato de que a tutela inibitória, preexistente no ordenamento processual, revestia-se da característica própria de uma tutela diferenciada no quadro do processo civil clássico, ou seja, tratava-se de uma tutela típica, prevista expressamente para determinadas situações específicas, onde seus pressupostos restavam bem delineados. Portanto, quanto à tipicidade, a tutela inibitória pode ser classificada, inicialmente, em duas espécies: tutela inibitória típica e tutela inibitória atípica. Mas não se deve esquecer, também, que, ao tempo em que restou positivada a tutela cautelar, o próprio processo cautelar passou a servir de instrumento para a veiculação de pretensões preventivas satisfativas, dando margem ao desenvolvimento de uma teoria das “ações cautelares satisfativas”. Essas “ações cautelares satisfativas” era uma forma paradoxal de referência às modalidades de tutelas que hoje se amoldam à classe de tutela inibitória.

A partir dessa distinção de tutela inibitória típica e tutela inibitória atípica é que

⁵¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 36.

se desenvolve o esforço doutrinário do processualista paranaense, o qual busca delinear o fundamento, os pressupostos e a finalidade de uma tutela inibitória genérica, ou atípica. Já quanto à finalidade, constata-se a existência de três modalidades de tutela inibitória destinada a: impedir a prática do ilícito, sua continuação ou sua repetição.

3.4.2.1 O problema conceitual da tutela inibitória: uma das espécies de tutela jurisdicional voltada contra o ilícito mediante técnica mandamental

O problema conceitual para a tutela inibitória tem sido um dos pontos mais nevrálgicos dessa espécie de tutela jurisdicional em sentido estrito. Para Luiz Guilherme Marinoni resta muito claro que “quando se pensa em tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida à reparação do dano.”⁵¹⁶ Esse aspecto da tutela inibitória serve muito bem para delinear sua autonomia em relação às tutelas voltadas contra o dano.⁵¹⁷

Luiz Guilherme Marinoni propôs o isolamento das classes de tutelas voltadas contra o ilícito, consideradas em si mesmas, o que, de certa forma, colocava o problema de forma mais complexa, porque inicialmente, considerava a tutela inibitória a partir da finalidade que visava: impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito. No entanto, a finalidade não era suficiente para isolá-la, porque a tutela inibitória se caracterizava por depender da vontade ou da colaboração do sujeito. Por essa razão, num primeiro momento, o conceito de tutela inibitória incluía

⁵¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 36.

⁵¹⁷ Quando Luiz Guilherme Marinoni tratou das “tutelas voltadas contra o dano”, preferiu agrupá-las sob a locução “tutela ressarcitória”, dividindo-as em tutela ressarcitória pela equivalência em pecúnia e tutela ressarcitória na forma específica. Veja-se que o fato de Luiz Guilherme Marinoni não empregar o termo “reparação”, para a identificação das tutelas voltadas contra o dano, acabava sendo um elemento complicador na compreensão de sua classificação, porque se há de entender a tutela ressarcitória na forma específica como tutela reparatória do dano. E isso foi corrigido, de forma expressa, quando declarou que a tutela ressarcitória é a tutela para a reparação do dano. (MARINONI, Luiz Guilherme.

a técnica coercitiva indireta como elemento essencial. Como a técnica coercitiva indireta era o elemento essencial para a caracterização da técnica mandamental, a tutela inibitória se ligava de forma umbilical à técnica mandamental, ou seja, ordem mais coerção indireta. No entanto, Marinoni advertia: “com efeito, há meios que, independentemente da vontade do réu, podem evitar a prática ou a repetição do ilícito.”⁵¹⁸

Por isso, para a compreensão da classificação das tutelas voltadas contra o ilícito, era fundamental compreender que: “o modo de atuação das tutelas, ou a diferença entre os meios processuais que permitem a prestação destas tutelas, levamos a diferenciá-las, ainda que ambas sejam voltadas contra o ilícito [...]”.⁵¹⁹ Ora, se, para a obtenção dessas mesmas finalidades, fosse adotada técnica coercitiva direta, já não mais estaria no campo da tutela inibitória, porque a adoção da técnica executiva implicaria em outras espécies de tutelas voltadas contra o ilícito: a) tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito; e, b) tutela preventiva executiva.

Assim, em sendo admitidas espécies de tutelas voltadas contra o ilícito, era necessário estabelecer as diferenças entre elas. Para Luiz Guilherme Marinoni, o ponto nodal da distinção devia levar em conta que todas as tutelas voltadas contra o ilícito tinham por finalidade impedir a prática do ilícito, a continuação ou a repetição. Daí porque, a rigor, no campo das finalidades poderia haver certa confusão entre as espécies de tutelas voltadas contra o ilícito, já que a tutela inibitória era um gênero de tutela voltada contra as três modalidades de ilícito. Para que isso não ocorresse, Marinoni propôs que a tutela voltada contra o ilícito continuado, ou seja,

Antecipação de tutela, 7. ed. p. 104). Com isso facilita a comparação com outras classificações que preferem a referência à locução “tutela reparatória” dos danos.

⁵¹⁸ A título de exemplo, mencionava: “Assim, por exemplo, a designação de um administrador provisório para, atuando no seio de uma empresa, impedir que seja praticado ou repetido ato contrário ao direito. Ou mesmo a designação de oficial de justiça para, com auxílio de força policial, impedir que determinada empresa ou pessoa adentre em dado local para exercer atividade que seja da incumbência exclusiva de outrem.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123).

⁵¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

o ilícito já consumado ou em ato, fosse denominada de tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito.

Portanto, uma outra modalidade de tutela jurisdicional dos direitos a partir da combinação de tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo, na classificação oferecida por Marinoni, qual seja, a tutela reintegratória ou de remoção do ilícito. No entanto, a exemplo da tutela inibitória, a tutela reintegratória não é novidade no direito brasileiro, podendo citar-se a “ação demolitória”, prevista no art. 888.⁵²⁰ O delineamento dessa modalidade de tutela exige três elementos: a) a compreensão de que a tutela é voltada contra o ilícito e não contra o dano; b) a compreensão de ilícito continuado que deixa vestígios; c) a compreensão de remoção do ilícito ou reintegração do direito lesado ou eliminação de ilícito, mediante a técnica coercitiva direta ou técnica executiva. E essa tutela se distinguia da tutela inibitória em dois aspectos: quanto a modalidade de ilícito contra o qual era voltada, ou seja, o ilícito continuado; e b) o meio coercitivo empregado, qual seja, o meio coercitivo direto ou a técnica executiva.

Quanto às duas outras modalidades de ilícito, Luiz Guilherme Marinoni reservava outra espécie de tutela: “Designamos a tutela destinada a evitar o ilícito ou a sua repetição, mas que prescinde da vontade do demandado, de preventiva executiva, justamente para deixar claro que os seus significados, ou os impactos que provocam sobre a esfera jurídica do réu, são distintos.”⁵²¹

⁵²⁰ Conforme adverte Luiz Guilherme Marinoni, a doutrina tinha dificuldade em compreender o fato da inserção do ação demolitória no Livro correspondente ao “Processo Cautelar”. Mas, uma pista segura de que o legislador tinha dificuldade na distinção entre prevenção satisfativa e prevenção cautelar pode ser tirada até da sua opção por arrolar “diversas providências” como incido de um artigo. Comparado sua metodologia consistente na descrição quase pormenorizada das tutelas cautelares típicas (sequestro, arresto), parece que o mesmo, além da dificuldade na distinção, atuou premido pelo tempo, já que não se deteve no detalhamento da tutela, procedimento, etc. Em uma aula do Curso de Mestrado em Direito da Relações Sociais, Vicente Greco Filho mencionou exatamente esse fato como a causa da estrutura do Livro correspondente ao Processo Cautelar. Daí, pode-se inferir que muito do esforço para estabelecer o campo de cobertura do Processo Cautelar deveria levar em conta, também, o dilema enfrentando na composição desse Livro.

Assim, a necessidade da técnica executiva para impedir a prática ou a repetição do ilícito, implicaria na modalidade de tutela preventiva executiva; já a necessidade da técnica executiva para impedir a continuação do ilícito, implicaria na modalidade de tutela reintegratória ou de remoção do ilícito. Nestes termos, restava completo o quadro de tutelas voltadas contra o ilícito: tutela inibitória, tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito e tutela preventiva executiva.

Luiz Guilherme Marinoni procura diferenciar a tutela inibitória da tutela preventiva executiva. A distinção faz-se necessária pelo fato de que entre essas modalidades de tutelas há em comum a função preventiva e a finalidade (ambas são voltadas a evitar o ilícito ou a sua repetição).⁵²² Para Marinoni, o critério pelo qual seria válida a distinção entre a tutela inibitória e a preventiva executiva repousaria no modo de atuação das tutelas, ou a diferença entre os meios processuais que permitem a prestação destas tutelas e nos impactos que provocam sobre a esfera jurídica do réu.⁵²³ Por consistir a tutela preventiva executiva em modalidade de tutela voltada contra o ilícito, impõe-se destacar o critério de distinção entre ela e a tutela reintegratória. Para Marinoni, a tutela preventiva executiva distingue-se da tutela reintegratória pelo fato de que “a tutela preventiva executiva impede a prática do ilícito, não se destinando a removê-lo”.⁵²⁴ De fato, o pressuposto da tutela reintegratória consiste, exatamente, no ilícito que deixou vestígios”, sendo aquela tutela voltada para a remoção do ilícito mediante a remoção dos vestígios por ele deixados.⁵²⁵

A distinção entre a tutela preventiva e a tutela executiva fica bem evidenciada a partir do delineamento das funções assumidas pela tutela preventiva executiva. Para

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122.

⁵²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122.

⁵²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

Marinoni, “A tutela preventiva executiva pode assumir duas funções distintas: I) impedir a prática do ilícito; e II) impedir a repetição do ilícito.”⁵²⁶ Assim, a função preventiva consistente na modalidade prevenção da continuação do ilícito resta excluída da tutela preventiva.

De um modo ainda mais direto, Marinoni assume o critério de distinção entre as tutelas preventiva executiva e reintegratória a partir da fixação da modalidade voltada contra o ilícito continuado como modalidade única:

O que diferencia tais tutelas, como se percebe, é o fato de que a tutela de remoção do ilícito supõe um ilícito já praticado ou em ato, ao passo que a tutela preventiva executiva requer um ilícito que ainda há de ser praticado ou se repetir.⁵²⁷

Nessa concepção inicial, Luiz Guilherme Marinoni justificava a distinção entre a tutela inibitória e a tutela de remoção do ilícito ou tutela reintegratória, e, ainda, entre a tutela inibitória e a tutela preventiva executiva.

3.4.2.2 Uma revisão conceitual da tutela inibitória – a inserção da técnica coercitiva direta no âmbito da tutela inibitória

Na 7ª edição de sua festejada obra *Tutela Antecipada*, Luiz Guilherme Marinoni estabeleceu um parâmetro para a revisão da concepção conceitual da tutela inibitória. Nesse edição, passou a admitir a técnica coercitiva direta no âmbito da tutela inibitória. Com isso, a categoria consistente na tutela preventiva executiva deixou de ser considerada de forma autônoma, passando a constituir uma espécie de tutela inibitória: a tutela inibitória preventiva executiva. Por essa razão, já não mais seria válida a afirmação de que a tutela inibitória restaria caracterizada pela dependência do concurso da vontade do réu, pois a técnica executiva caracteriza-se por prescindir

⁵²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

do concurso dessa vontade para a realização do resultado preordenado no plano do direito substancial. Eis, pois, um problema que precisa ser resolvido no âmbito da classificação das tutelas voltadas contra o ilícito: a real distinção entre a tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito e a tutela inibitória, na medida em que a tutela inibitória passou a ser gênero que comporta duas espécies distintas, mas que têm a mesma técnica coercitiva direta. Portanto, não se pode afirmar que o problema da tutela inibitória se resolve no âmbito da necessidade de colaboração do sujeito para a obtenção do resultado, na medida em que se admite uma espécie de tutela inibitória adequada para a obtenção do resultado independentemente da colaboração do sujeito, mediante a adoção da técnica coercitiva direta.

Para Luiz Guilherme Marinoni, ainda que as duas espécies de tutelas voltadas contra o ilícito possam ser atuadas mediante técnicas coercitivas diretas, ainda remanesce uma diferença: a tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito é a tutela “voltada a extirpar um ilícito”. Isso pressupõe um ilícito continuado, ou seja, um ilícito consumado ou em ato que deixa vestígios. Isso porque: “Quando se teme um eventual ilícito, ou mesmo um eventual dano, a tutela que, em princípio deve ser dirigida a impedir a sua produção é a tutela inibitória”.⁵²⁸

Uma proposta mais objetiva para a solução desse problema foi delineada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os quais procuram estabelecer uma diferença entre “os efeitos continuados decorrentes de um ilícito e a prática continuada de uma ação ou omissão ilícita”.⁵²⁹ E, essa distinção seria importante para o delineamento da tutela reintegratória ou de remoção do ilícito, porque, a rigor, “Quando o ilícito se perpetua no tempo em decorrência de uma ação, não há mais como, em determinado sentido, *impedir a continuação da prática do ilícito, embora seja possível impedir a continuação de seus efeitos.*” Daí concluem: “[...]”

⁵²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada*, 7. ed. p. 115.

somente a ação (ou omissão) continuada pode ser inibida, e não a ação cujos efeitos se perpetuam no tempo. *Existe diferença entre impedir o agir ilícito e remover o ilícito cujos efeitos estão repercutindo no tempo.*⁵²⁹

Para tanto, lançam mão do seguintes exemplo: [...] se o comerciante expôs à venda produto nocivo à saúde do consumidor, o ato ilícito já foi cometido, de modo que apenas os seus efeitos ainda se propagam no tempo. Nesse caso, a eliminação do ilícito somente pode ocorrer se o comerciante voltar atrás, retirando o produto do mercado.” E concluem: “*É aí que se apresenta o espaço em que a tutela reintegratória (de remoção do ilícito) deve atuar*”.⁵³¹ Porém, o exemplo suscita uma reflexão: o ato de expor, já consumado, é o ilícito. Mas, a manutenção do produto em exposição implica numa exposição continuada ilícita. O ilícito, em ato, seria o fato da exposição continuada. E é a alteração dessa situação fática continuada que exige a prática de um ato consistente na retirada do produto do mercado. Ora, retirar o produto do mercado é mais que do que simplesmente alterar a situação fática da exposição. Fazer cessar a exposição é retirar parcialmente o produto do mercado. Tal produto, ainda continua passível de comercialização. Visto sob a ótica do consumidor, o fato da retirada do produto da exposição a que se submeteu, seria suficiente para evitar que o mesmo seja adquirido em função da exposição ilícita continuada. Mas, o produto poderá ser comercializado no mercado, o qual representa, também, a cadeia complexa que envolve negociações entre fornecedores. Retirar o produto do mercado, em um sentido mais próprio da efetividade preventiva, é mais do que retirá-lo da exposição à venda, seria já destruí-lo, ou, pelo menos, aniquilar sua capacidade nociva. E, essa situação decorre do fato de que o interesse do consumidor atinge toda a cadeia de produção e circulação de produtos e serviços. Portanto, não é apenas quando ocorre à exposição à venda ao consumidor, mas, sim,

⁵²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, 2. ed. 2003. p. 489.

⁵³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 489.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 489.

a própria produção de um produto nocivo à saúde já fere o interesse do consumidor na raiz da própria cadeia de produção. Tal é o sentido da tutela dos direitos e interesses do consumidor, que o fato de atingir a própria cadeia de produção poderia implicar na necessidade de impedir a produção do produto nocivo. E essa necessidade se revestiria da característica de prevenção a que se submete a relação de consumo, onde se admite a necessidade da prática de uma tutela ordinária para evitar o ilícito. E, para evitar o ilícito, significa até mesmo a necessidade de atacar um dos elementos do suporte fático do fato jurídico ilícito. Porque, a rigor, os elementos do suporte fático jurídico podem ser elevados a suporte fático jurídico de outra modalidade de ilícito: a ameaça, ou, seja, a situação fática atual com capacidade e potencialidade de composição de um outro suporte fático jurídico ilícito.⁵³²

3.4.3 Breve referência à tutela do inadimplemento da obrigação contratual na forma específica

O delineamento da tutela do inadimplemento da obrigação contratual na forma específica está assentado em três pressupostos teóricos: a distinção entre ilícito e inadimplemento; a distinção entre inadimplemento e dano; e que “a tutela da obrigação contratual liga-se apenas ao inadimplemento”.⁵³³ Em primeiro lugar, é importante salientar que o problema do delineamento da tutela do inadimplemento da obrigação contratual na forma específica parte da distinção entre ilícito, enquanto ato contrário ao direito e inadimplemento, enquanto violação de uma obrigação de

⁵³² No entanto, é oportuno que se observe que Luiz Guilherme Marinoni já havia advertido que uma solução dessa natureza não se amoldava à natureza de tutela reintegratória, mas de tutela preventiva executiva: “Note-se que há diferença entre a tutela que apreende produto nocivo que está sendo oferecido ao público e a tutela que apreende produto nocivo à saúde para que ele não seja oferecido ao público. A primeira tutela é reintegratória, enquanto que a segunda é preventiva executiva”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, nota n. 59, p. 134-135). No entanto, a espécie consistente na tutela preventiva executiva foi rebatizada como tutela inibitória (preventiva) executiva, razão pela qual a referência àquela serve perfeitamente a esta, porque, a rigor, não houve nenhuma alteração conceitual da tutela preventiva executiva, apenas sua alocação no âmbito da tutela inibitória, como uma das suas espécies.

⁵³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 181 e ss.; *Tutela específica*, p. 187; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 490-491.

natureza contratual. E, por inadimplemento, há de ser entendido o retardamento culposo⁵³⁴ na prestação contratual devida, na forma dos artigos 955 do CC/1916 e 394 CC/2002 e 963 do CC/1916 e 396 CC/2002.⁵³⁵

Por outro lado, a tutela do adimplemento da obrigação contratual na forma específica é uma espécie do gênero tutela específica da obrigação contratual, ao lado da tutela inibitória do inadimplemento. A distinção, entre ambas, está em que, enquanto a tutela inibitória do inadimplemento volta-se contra a “provável violação de eficácia instantânea de obrigação positiva ou negativa”,⁵³⁶ a tutela do adimplemento da obrigação contratual na forma específica contra a violação correspondente no próprio inadimplemento, nos casos em que ainda “há possibilidade de cumprimento”.

3.4.4 Análise crítica das classificações das tutelas jurisdicionais a partir do resultado preordenado no plano do direito substancial

No exame dos critérios de classificação da tutela jurisdicional, na forma apresentada por Cândido Rangel Dinamarco, constata-se a despreocupação no que tange ao pressuposto teórico do processo civil contemporâneo consistente na distinção entre ilícito e dano, razão pela qual o quadro de classificação por ele apresentado acaba por reunir em uma mesma classe duas tutelas que somente se justificam à luz da distinção entre ilícito e dano. Por outro lado, não há preocupação, também, com a distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela

⁵³⁴ O elemento subjetivo culpa, a rigor, somente é exigida no caso de *mora solvendi*, não se aplicando à *mora creditoris*. Isso implica numa restrição quanto ao aspecto do inadimplemento, porque, a rigor, o credor também pode inadimplir, incidindo na mora e seus efeitos.

⁵³⁵ CC de 2002, art. 394: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar, e forma que a lei ou a convenção estabelecer.”

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 191. E, esclarece o autor: “A tutela inibitória do inadimplemento, ao contrário da Tutela do adimplemento da obrigação contratual na forma específica, supõe que o adimplemento ainda não ocorreu e que, na verdade, pode por ela ser evitado” (Ob. cit., p. 186).

jurisdicional em sentido amplo. Por essa razão, na classificação por ele apresentada, os dois critérios são conjugados aleatoriamente, sem que fosse estabelecido, a priori, uma justificativa.

Conforme já mencionado retro, coincidência, ou não, os exemplos de tutela sancionatória apresentados por Cândido Rangel Dinamarco, são casos que se amoldam ao que denominou de “crises de situações jurídicas”, cuja solução na ordem processual corresponderia à tutela constitutiva, cujo resultado consiste, exatamente, numa modificação jurídica, ou seja, em situação jurídica nova. Porém, impõe-se considerar, ainda, que o próprio Cândido Rangel Dinamarco havia estabelecido como característica da sanção em sentido material o efeito sancionatório consistente em criação de uma situação jurídica nova ou do seu agravamento, o que, de certo modo, representa coerência em seu modo de tratar a tutela jurisdicional.

Cândido Rangel Dinamarco “Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a *tutela inibitória* (ação de nunciação de obra nova *etc.*).”⁵³⁷ Vê-se, portanto, que Cândido Rangel Dinamarco compreende a prevenção não como um resultado preordenado, mas uma situação decorrente da existência de “meios” para se obter a prevenção. Num certo sentido, pode-se compreender que, na medida em que foram preordenados os meios no plano do direito material, o foram para realizar os resultados preordenados nesse plano. No entanto, a preordenação do resultado sem a preordenação dos meios implicaria em inevitável expropriação dos direitos desprovidos dos meios. E é exatamente essa forma de expropriação dos direitos que o processualista deve combater no emprego das técnicas processuais.

Além disso, embora Cândido Rangel Dinamarco faça referência a uma espécie de tutela inibitória, o mesmo atribui-lhe um campo de cobertura restrito, ao afirmar que: “Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e

⁵³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

condenação do sujeito a abster-se, tem-se a *tutela inibitória* (ação de nunciação de obra nova *etc*).”⁵³⁸ Isso porque, Cândido Rangel Dinamarco deixa transparecer que compreende a tutela inibitória como tutela preventiva do dano, deixando de referir-se ao delicado problema consistente na prevenção do ilícito enquanto categoria isolada da categoria do dano. Portanto, para Dinamarco seria válida a contraposição de tutela preventiva à tutela reparatória porque esta “se distingue da preventiva justamente porque tem cabimento com o fito de restabelecer situações, não de prevenir transgressões.”⁵³⁹

A outra via de acesso ao problema da classificação das tutelas foi apresentada por Luiz Guilherme Marinoni, o qual compreendeu, com a sua peculiar sensibilidade, a necessidade de elaboração de uma classificação das tutelas dos direitos, adequada aos cânones da nova dogmática do processo civil contemporâneo. Para tanto, propôs um “Esboço de uma classificação das tutelas aderentes ao direito material”,⁵⁴⁰ para cuja consecução advertiu ser necessário “tomar em consideração os problemas que são próprios à tutela civil dos direitos”. Para dar cabo dessa empreitada, Marinoni partiu de “uma discussão que vem sendo travada principalmente entre os civilistas italianos em torno da diferença entre a tutela reintegratória e a tutela ressarcitória”.⁵⁴¹ Em relação ao ponto de partida adotado pelo processualista paranaense, não se pode deixar de notar dois aspectos: o primeiro, consistente na inexistência do problema da diferença entre tutela reintegratória e tutela ressarcitória na doutrina civilista brasileira, porque esse problema aparece com mais nitidez na medida em que se adota o critério de distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo, o que não é hábito cultivado nem pelos civilistas nem pelos processualistas brasileiros; o segundo, consistente no problema enfrentado pela

⁵³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

⁵³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, p. 410.

⁵⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, p. 410.

doutrina e jurisprudência italianas consistente na “ambivalência, e muitas vezes a ambigüidade”⁵⁴² a respeito do tema. Desses dois pontos, decorrem duas observações: a primeira, quanto à necessidade de se tomar um cuidado especial para não importar problemas próprios do direito italiano, quer no plano doutrinário, quer no plano jurisprudencial, que eventualmente não encontrem terreno fértil no direito brasileiro; a segunda, quanto à validade e utilidade da classificação proposta à luz do direito brasileiro.

Conforme anota Marinoni, o ponto nodal do problema da classificação das tutelas, sob seu aspecto de aderência ao direito material, reside na dificuldade de distinção entre o ilícito e o dano. E essa distinção, a qual se constitui no ponto nodal do problema da classificação das tutelas, sob o aspecto de aderência ao direito material, encontra sua pertinência ao direito brasileiro, quer no plano doutrinário quer no plano jurisprudencial. Portanto, sob esse ponto de vista, já se constata um primeiro elemento que permite aferir a validade da classificação.

Por outro lado, a proposta de classificação ofertada por Luiz Guilherme Marinoni, assenta-se nos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo tanto a necessidade de compreensão da tutela jurisdicional, em sentido estrito, e em sentido amplo. Em função da necessidade de distinção entre ilícito e dano, mantendo-se fiel a esses pressupostos, estabelecidos como parâmetro para uma classificação das tutelas jurisdicionais, Luiz Guilherme Marinoni propõe a classificação de tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano, com base no critério do resultado preordenado no plano do direito substancial. No entanto, o exame do problema da construção da tutela dos direitos, como resultado preordenado no plano do direito substancial, exige um esclarecimento prévio: o problema levantado por Luiz Guilherme Marinoni, consistente na omissão da doutrina a seu respeito, já não

⁵⁴² Marinoni anotou esses dois aspectos: “Lamentando-se, no que diz respeito a essa questão, a pobreza da doutrina do direito civil brasileiro, não é possível deixar de lembrar a ambivalência, e muitas vezes a ambigüidade, das posições doutrinárias e jurisprudenciais encontradas a respeito do tema no direito italiano” (*Tutela inibitória*, p. 411).

retrata a realidade doutrinária atual, já que o problema da tutela dos direitos deixou de ser terra de ninguém para se revestir da natureza babélica, própria dos tempos pós-modernos, mas nos moldes tão antigos quanto as doutrinas jurídicas.

Por outro lado, o tom de provisoriedade que Luiz Guilherme Marinoni emprestava à sua proposta de classificação já ganha novos contornos, com aceitação, se não na íntegra, quanto às categorias, em si, pelo menos, no geral, e, com certeza, da proposta metodológica. Essa aceitação decorre do fato de que, a rigor, houve o deslocamento do foco da “temática da ação”, em sentido processual, para a temática da “tutela dos direitos”. No entanto, a classificação proposta por Luiz Guilherme Marinoni vem sendo objeto de aperfeiçoamento, quer seja em função do aprofundamento em sua análise, quer seja em função de inovação no ordenamento jurídico positivo (a exemplo do que ocorreu com o art. 461-A, do Código de Processo Civil).

Por outro lado, a tutela declaratória é a que produz o resultado de um grau de certeza quanto a existência ou inexistência de uma relação jurídica ou da autenticidade ou falsidade de um documento. Na medida em que a doutrina, jurisprudência, e o próprio ordenamento jurídico, vai admitindo desde a mera plausibilidade, passando pela probabilidade, e, após, pela certeza, a qual seria um grau mais elevado de probabilidade, parece correto compreender a existência de uma tutela declaratória desvinculada da sentença declaratória, porque já não seria inviável uma tutela declaratória veiculada através de uma decisão interlocutória, calcada em probabilidade, o que, de certa forma, implica em reconhecer uma declaração de probabilidade. Declarar a probabilidade é entregar tutela declaratória. Se essa entrega é feita mediante decisão interlocutória, então a tutela declaratória não mais corresponde à sentença declaratória, exclusivamente. Portanto, parece válido referir-se à tutela declaratória, de um lado, como resultado preordenado no plano do direito substancial, ou seja, tutela declaratória em sentido estrito. E, também é válido referir-se à técnica de provimento declaratório, na qual constata-se pelo menos dois

provimentos decisórios: sentença e decisão interlocutória. Luiz Guilherme Marinoni procurou justificar sua posição a partir do caráter de satisfatividade dessas formas de tutelas, razão pela qual resta acentuado o grau de efetividade, satisfatório, a ser obtido no plano do direito substancial. E esse é um argumento válido. Porém, como o resultado, no plano do direito substancial, decorrentes da tutela declaratória e tutela constitutiva, importa para a classificação da tutela dos direitos, parece necessária a referência à essas formas de tutela, embora não apresentem um grau de diferenciação no plano da satisfatividade.

No que tange à classificação das tutelas voltadas contra o ilícito, merece destaque a tomada de posição de Luiz Guilherme Marinoni quanto a aceitação de uma modalidade de tutela inibitória preventiva executiva. Em primeiro lugar, a aceitação dessa modalidade é corretíssima. A rigor, a tutela inibitória executiva é a modalidade de tutela inibitória mais consentânea com a efetividade da tutela dos direitos. Se é verdade que a tutela inibitória executiva preventiva da repetição do ilícito pressupõe um ilícito anterior, isso não lhe retira o valor e a qualidade de tutela preventiva do ilícito, pois visa a impedir uma repetição temida. Já quanto a tutela inibitória executiva que tem por finalidade evitar a prática do ilícito *tout court*, dessa nem há que se questionar da sua qualidade de tutela jurisdicional adequada dos direitos, na forma específica.

Porém, uma observação deve ser feita quanto à opção pela admissibilidade da técnica coercitiva direta no âmbito da tutela inibitória. É que, a rigor, a admissibilidade da técnica coercitiva direta, no âmbito da tutela inibitória, implica em uma distinção entre tutela inibitória mandamental e tutela inibitória executiva. A rigor, em ambas constata-se a característica de tutela preventiva, exceto quando a tutela inibitória voltar-se contra o ilícito continuado. Nesse caso, diante de um ilícito consumado ou em ato, pode-se discutir a respeito de sua natureza preventiva do ilícito. Se a cessação do ilícito tem a ver com o ilícito, em si, então não há dúvida de que se está diante de uma tutela preventiva simultânea, porque se trata de ilícito

continuado. Mas, por outro lado, se o problema está na remoção do ilícito, aí se localize, então o problema já não é de prevenção do ilícito, mas de remoção do ilícito, ou seja, restituição da situação anterior. Se o problema restringe-se à restituição, e, ainda, a técnica coercitiva indireta já não mais se põe como elemento conceitual essencial da tutela inibitória, então não tem sentido manter a natureza inibitória para a remoção do ilícito que dependa da vontade do réu. Parece mais coerente manter o resultado, exclusivamente, como critério para a identificação da tutela em sentido estrito, independentemente da técnica de tutela adotada. Assim, a técnica de tutela, no caso, qualificaria a tutela de remoção de ilícito, ou seja, ter-se-ia: a) uma tutela de remoção do ilícito mandamental e uma tutela de remoção do ilícito executiva, em função da adoção da técnica coercitiva indireta, no primeiro caso, e da técnica coercitiva direta, no segundo.⁵⁴³

Em apoio ao raciocínio desenvolvido, basta pensar: se é válida a assertiva de que a “classificação das sentenças, embora importante, não é suficiente para explicar a exata relação do processo com o direito material”,⁵⁴⁴ seria também válido afirmar que os resultados preordenados no plano do direito substancial, sozinhos, seriam insuficientes? Ou seja, qual o papel das técnicas processuais de tutela na classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos pelo critério do resultado preordenado no plano do direito substancial? Veja: se o fato da técnica executiva adotada na tutela voltada contra o ilícito permitia o isolamento de uma categoria de tutela preventiva executiva, e, depois, por entender que prevalece a natureza preventiva do ilícito, aquela categoria passou a ocupar espaço no campo de cobertura da tutela inibitória, isso demonstra que o problema das técnicas de tutelas pode não influenciar tão decisivamente na classificação das tutelas pelo critério do resultado.

⁵⁴³ No entanto, a inserção do problema no plano da finalidade e da distinção entre “*os efeitos continuados decorrentes de um ilícito e a prática continuada de uma ação ou omissão ilícita*”, na forma recentemente aventada, impõe um exame mais aprofundado da questão, embora, em um primeiro momento, se tem por justificada a manutenção das categorias de tutelas voltadas contra o ilícito consistentes nas tutela inibitórias e na tutela reintegratória.

⁵⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 3. ed., p. 475.

Tanto é que, a rigor, mantendo-se a técnica executiva no âmbito da tutela inibitória, tenho de admitir uma tutela inibitória executiva ao lado da tutela inibitória mandamental, em sua conformação original. Isso demonstra que, a rigor, a temática da tutela dos direitos tem certa autonomia em relação autônoma em relação à temática da tutela jurisdicional dos direitos, na medida em que, na perspectiva da tutela dos direitos o resultado já está preordenado e deve ser realizado pelo processo. Assim, se o resultado preordenado for a prevenção do ilícito, ou seja, deve-se evitar a ocorrência ou a repetição do ilícito, para fim de preordenar o resultado a ser obtido, pouco importa se a técnica processual a ser adotada. A técnica processual a ser adotada tem importância quando for analisada a sua aptidão para a produção do resultado preordenado. Assim, uma técnica mandamental, por depender da vontade do réu, sobre a qual atuará a força coercitiva, somente será adequada para a prevenção do ilícito quando a coerção sobre a vontade do réu for medida adequada em função de um grau de tolerância temporal em relação à verificação da adequação dessa técnica. Tanto é que se o réu for um litigante habitual e apresentar resistência à realização do direito, nem é necessária a técnica mandamental, porque, a rigor, já se pode antever a ineficácia dessa técnica. Daí porque, deve-se pensar na técnica executiva, ou seja, deve-se buscar realizar o direito prescindindo-se da vontade do réu. E, isso, não muda o resultado a ser atingido, apenas a técnica processual é que foi diversa. Do mesmo modo que a temática das técnicas processuais de tutela também é autônoma em relação à tutela dos direitos, enquanto resultados preordenados no plano do direito substancial. No entanto, não tem sentido tratar da tutela jurisdicional dos direitos sem tratar dos resultados preordenados no plano do direito substancial e das técnicas processuais, em especial das técnicas de provimentos jurisdicionais e das técnicas coercitivas. Por essa razão resta confirmada a assertiva de que a tutela jurisdicional dos direitos consiste em um eixo metodológico adequado tanto para a aferição da efetividade da tutela jurídica quanto para a aferição da efetividade do processo, porque é na seara a tutela jurisdicional dos direitos que o direito processual, essencialmente instrumental acopla-se ao direito substancial. Portanto, a rigor, pode-se distinguir entre tutela dos direitos e

tutela jurisdicional dos direitos. Naquela, aferem-se os resultados preordenados no plano do direito substancial, nesta, aferem-se a efetividade do processo assim entendida como a aptidão para a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial, razão pela qual não se pode desprezar as técnicas processuais de seu campo de análise.

Por fim, uma última observação. Se houvesse uma hipótese em que o ilícito continuado não apresentasse vestígios, ou seja, não produzisse um resultado que exigisse a remoção do ilícito, bastando a mera cessação da conduta, e essa cessação dependesse da conduta do réu, então não haveria lugar para a tutela de remoção do ilícito, ou seja, da tutela reintegratória. Nesse caso, não se poderia falar em remoção do ilícito mas, tão somente, em cessação do ilícito. Daí, ter-se-ia a seguinte questão: se a técnica mandamental não bastasse, e, ainda, fosse cabível a técnica executiva, qual será a modalidade de tutela a ser classificada pelo resultado? Parece, aí, que a modalidade seria a de tutela inibitória, porém com técnica executiva.

3.5 O problema da compreensão das locuções: “tutela sancionatória”, “tutela repressiva”, “tutela preventiva”, à luz da nova dogmática do processo civil contemporâneo

3.5.1 Considerações gerais

O significado de tutela sancionatória como sinônimo de tutela repressiva, e, ainda, em contraposição à tutela preventiva, se encontra assentado de forma sólida. Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira, referindo-se às mazelas do processo de conhecimento, nos moldes em que restou positivado no CPC de 1973, afirmou:

[...] o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, com eficácia prática, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas no sentido lato posto no início (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta

pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela meramente sancionatória ou repressiva.⁵⁴⁵

E, concluiu:

O legislador de 1973, conhecendo o expediente adequado, furtou-se curiosamente a fazer dele o uso amplo que lhe sugeriam a política jurídica e a própria tradição do direito brasileiro, já chegada no CPC de 1939 a grau de aprimoramento bastante para produzir uma figura genérica de tutela do credor, em matéria de obrigação de fazer e de não fazer, construída sobre o esquema de preceito *initio litis*, com aplicação imediata da sanção cominada, no caso de descumprimento: a ação cominatória do art. 302, XII. Restringiu-se de modo notável, na reforma processual, à simples proteção da posse e da propriedade; fora desse âmbito privilegiado, o processo de conhecimento disciplinado no vigente estatuto afigura-se impotente para tutelar em forma preventiva, e portanto específica, com eficácia prática, as posições jurídicas de vantagem a que correspondam obrigações negativas no sentido lato posto no início (...) e a carência é tanto mais séria quanto menos satisfatória, em inúmeras situações excluídas (basta pensar nas de conteúdo não patrimonial), a tutela meramente sancionatória ou repressiva.⁵⁴⁶

Constata-se, pois, que para Barbosa Moreira, naquele momento histórico, a tutela sancionatória seria sinônimo de tutela repressiva, a qual contrapõe-se à tutela preventiva.

Por outro lado, o sentido de tutela sancionatória, delineado neste trabalho, também difere do sentido de tutela sancionatória empregado por Cândido Rangel Dinamarco. É que, embora o processualista afirme que a tutela sancionatória é “caracterizada pela imposição de medidas de repressão, verdadeiros castigos a certas condutas indevidas,”⁵⁴⁷ o mesmo restringe o seu conceito. Coincidência, ou não, ao exemplificar os casos de tutela sancionatória, sob seu ponto de vista, Cândido Rangel Dinamarco acaba por indicar casos que se amoldam ao que denominou de “crises de

⁵⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 41.

⁵⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva, p. 41.

situações jurídicas”, cuja solução na ordem processual corresponderia à tutela constitutiva:

Há situações, ainda, em que o direito material oferece à parte inocente o acesso a uma situação jurídica nova, em razão da conduta injurídica de outro sujeito. É o caso da rescisão de contrato (CC, art. 1.092, par.); ou da anulação de ato administrativo porque realizado de modo contrário à lei e danoso ao sujeito que vem a juízo reclamar (Súmula 473 STF); ou da separação judicial por conduta desonrosa ou grave violação a deveres do matrimônio.⁵⁴⁸

Por outro lado, a forma como Cândido Rangel Dinamarco compreendeu a sanção, levou-o a contrapor a tutela preventiva à tutela sancionatória, supondo que a tutela preventiva do dano não seria já uma modalidade de tutela repressiva do ilícito. Nesse sentido, afirma Dinamarco:

A tutela preventiva consiste em evitar a violação de direitos e criação ou agravamento de situações desfavoráveis [...] Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a tutela inibitória (ação de nunciação de obra nova *etc*).⁵⁴⁹

E, conclui:

A tutela preventiva consiste em meios destinados a resguardar direitos contra violações iminentes, o que se faz diretamente mediante a imposição de condutas ao obrigado – qualificando-se nesse caso como inibitória.⁵⁵⁰

Cândido Rangel Dinamarco restringe a hipótese de tutela inibitória, ao afirmar que: “Quando a prevenção do dano é feita mediante o veto a alguma conduta e condenação do sujeito a abster-se, tem-se a *tutela inibitória* (ação de nunciação de obra nova *etc*).”⁵⁵¹ Aqui, parece que Dinamarco compreende a tutela inibitória como

⁵⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 154.

⁵⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 154.

⁵⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 152-153.

⁵⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 154.

tutela preventiva do dano, quando, sob um outro aspecto, constata-se que o dano não é elemento conceitual essencial da tutela inibitória, já que esta se volta contra o ilícito.

Eduardo Talamini, embora tenha trabalhado no sentido de apresentar um quadro geral das sanções, não avança significativamente no sentido de propor uma classificação das tutelas jurisdicionais dos direitos, embora deixe claro que uma empreitada consistente numa “adequada configuração das tutelas jurisdicionais” deve relacionar três elementos: “Eficácia dos provimentos jurisdicionais, sanções e mecanismos sancionatórios [...]. Isso porque: “[...] a eficácia das decisões é apenas um dos aspectos a serem considerados. Põe-se a necessidade de exame, ao seu lado, das formas de sanção que o órgão jurisdicional está apto a operar, assim como dos mecanismos de concretização de tais sanções.”⁵⁵² Assim, embora Eduardo Talamini tivesse compreensão correta do problema consistente na adequada configuração das tutelas jurisdicionais, o fato de o mesmo ter optado por classificar os comandos sancionatórios a partir de um duplo critério (o do momento e o da função), implica em que sua classificação não pode ser transposta, simplesmente, para o plano da tutela jurisdicional dos direitos, porque, a rigor, não se prende ao critério consistente no resultado preordenado no plano do direito substancial.

Ao se referir à tutela repressiva, Luiz Guilherme Marinoni lembra que a mesma é colocada em destaque, porque sempre esteve ligada à própria idéia de jurisdição “enquanto função voltada à tutela dos direitos subjetivos privados” ou seja, “função nitidamente repressiva, dirigida a garantir a reintegração do direito violado.”⁵⁵³ Logo, a idéia de uma tutela repressiva liga-se a um modelo de tutela que menos se preocupa com a efetividade, ou noutras palavras, com a efetiva tutela dos direitos. Fruto, aliás, de uma concepção clássica que considera o processo em seu escopo repressivo, ou

⁵⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, p. 153.

⁵⁵² TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p. 166.

⁵⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 268.

seja, destinado a atuar após verificado o evento ilícito ou danoso, a qual pressupõe a violação do direito. Por isso, o emprego da tutela repressiva consistia na concepção de predominância absoluta da tutela *a posteriori* no direito moderno. Nesse sentido, Marinoni revisita o escólio de Cristina Rapisarda:

CRISTINIA RAPISARDA bem recorda que a predominância absoluta da tutela *a posteriori* no direito moderno decorre da própria concepção de jurisdição que se tem. Segundo a notável autora, a doutrina do século passado construiu a noção de jurisdição partindo de duas premissas: a tendência a favorecer os espaços de liberdade individuais e a prevalência funcional da noção de direito subjetivo – concebendo-se a jurisdição como função diretamente vinculada à atuação do direito subjetivo privado ou, mais precisamente, à “reintegrazione del diritto soggettivo violato”.⁵⁵⁴

Conforme anota Marinoni,⁵⁵⁵ a noção de jurisdição, como função diretamente vinculada à atuação para a “reintegração de um direito subjetivo violado”, implicava em “haver primeiramente a violação do direito, para, somente após isto haver espaço para a intervenção da jurisdição”. Cujas situações implicava na exclusão da função preventiva da jurisdição. As razões dessa exclusão assentavam-se em duas premissas fundamentais: a primeira, numa necessidade de reduzir os poderes de controle do Estado-juiz. Isto porque, a inclusão da função preventiva na jurisdição implicava numa “ampliação dos poderes de controle do Estado-juiz, que tende a comprimir a liberdade de autônoma regulamentação das relações jurídicas privadas”; a segunda, consiste na compreensão da função preventiva ligada à idéia de função administrativa do Estado (poder de polícia) e não jurisdicional.

Assim, a tutela eminentemente repressiva seria a tutela condenatória, a qual pressupõe a violação do direito. E, como afirma Marinoni, “a elaboração dogmática

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários*, p. 106.

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários*, p. 106.

da sentença condenatória não teve qualquer preocupação com a prevenção do ilícito, mas apenas com a necessidade de reparação do direito violado.”⁵⁵⁶

Assim, o problema se apresenta com um conteúdo terminológico, pois o caráter plúrimo do sentido da locução tutela sancionatória, nos termos correntes na seara processualista, constitui-se em grave prejuízo para a ciência processual que, como qualquer ciência, depende do emprego de termos em sentido adequado uniforme, para a representação dos fenômenos contidos em seu objeto.

3.5.2 Uma revisão da compreensão das locuções tutela sancionatória, tutela preventiva e tutela repressiva

Na medida em que o ressarcimento pela equivalência em pecúnia deixa de ser a única forma de sanção contra o ilícito, no plano do direito material, é evidente que a distinção entre ilícito e dano implicaria numa revisão do conceito de sanção, a fim de se tirar do escuro a noção de sanção do ilícito, conforme foi visto retro. Tanto que, com o isolamento da categoria do ilícito, abriu-se a possibilidade de construção de sanção voltada exclusivamente contra o ilícito.

Nesse particular, deve-se considerar o problema relativo ao momento da aplicação e da atuação da sanção em relação ao ilícito. Isso porque, se a sanção for antecipada à ocorrência do ilícito, essa sanção reveste-se de natureza preventiva do ilícito. Por outro lado, se a sanção for postecipada em relação ao ilícito, mas voltar-se exclusivamente contra o ilícito, então a sanção reveste-se da natureza repressiva do ilícito. Mas, essa solução alcança apenas parte do problema, já que o mesmo envolve o conceito de ilícito. Dizer que a sanção é anterior ao ilícito significa dizer que há uma sanção de uma conduta não-ilícita. E isso, a rigor, nega o conceito de sanção. Portanto, a solução está em compreender a ameaça como situação de ilicitude; logo, como fato jurígeno desencadeador de consequências sancionatórias.

Em relação ao dano, o problema da sanção também leva em consideração o momento da aplicação e da atuação da sanção em relação ao dano. Assim, uma sanção voltada contra o dano, na forma antecipada em relação à sua ocorrência, reveste-se da natureza de sanção preventiva do dano. Porém, se a sanção for postecipada ao dano, constata-se que não se escapa do campo de cobertura da sanção ressarcitória. No entanto, ainda assim é necessário o exame das possíveis formas de sanção contra o dano diferentes da sanção ressarcitória por seu equivalente em pecúnia. Assim, para tirar do escuro outras formas de sanção do dano, deve-se considerar, em primeiro lugar, a possibilidade de sanção ressarcitória que não consista em um equivalente em pecúnia. Em segundo lugar, deve-se considerar uma sanção que vise evitar que o dano ocorra, ou seja, a possibilidade de se evitar o dano. Assim, restam estabelecidos os limites dessa revisão do conceito de sanção,⁵⁵⁷ bem como do problema conceitual de sua aplicação e de sua atuação.

O primeiro aspecto do conceito de sanção consiste na necessidade de isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano. O isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano implica a necessidade de isolamento de uma categoria de sanção voltada contra o ilícito e de uma categoria de sanção voltada contra o dano. Portanto, o primeiro aspecto do problema do conceito de sanção é que o mesmo deve expressar o fenômeno sancionatório do ilícito e o fenômeno sancionatório do dano.

A correta compreensão da locução tutela sancionatória, em seu caráter genérico, afigura-se novidade na seara processual, uma primeira consequência da correta compreensão da sanção consiste na possibilidade do emprego da locução tutela sancionatória em um sentido correto e uniforme. Isso porque, em primeiro lugar, a tutela sancionatória não exclui o ilícito do seu campo de cobertura. Portanto, quando se refere à tutela sancionatória tanto se refere a uma sanção do ilícito quanto do dano. Logo, cabe sempre indagar: tutela sancionatória do quê? Do ilícito ou do dano?

⁵⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 275.

⁵⁵⁷ Isso porque a temática da sanção tem cobertura muito ampla, fugindo ao objeto dessa tese. Por essa razão, o trato dispensado no aspecto revisional do conceito de sanção restringe-se ao necessário para o desenvolvimento do raciocínio necessário ao cabo da tese.

Portanto, impõe-se concluir que o sentido de tutela sancionatória, aqui adotado, difere do sentido em que foi empregado por José Carlos Barbosa Moreira, porque, a rigor, o sentido de tutela sancionatória, empregado pelo mencionado processualista, e de resto de modo absoluto, estava amalgamado com o sentido de fato jurígeno danoso. E, como visto, não é válida a restrição do fenômeno sancionatório apenas para o fato jurígeno danoso, porque também é válido referir-se à tutela sancionatória quando o suporte fático consiste em fato jurígeno ilícito, independentemente da consequência danosa, ou seja, é válido o isolamento de uma tutela sancionatória do ilícito.

Da mesma forma, o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, e a revisão do conceito de sanção e do sentido de tutela sancionatória impõe uma revisão do sentido das locuções “tutela preventiva”. Isso porque, da mesma forma que ocorre com a tutela sancionatória, impõe-se a indagação: tutela preventiva do quê? Do dano ou do ilícito? Tutela repressiva do quê? Do ilícito ou do dano?

3.5.3 Tutela preventiva

3.5.3.1 Considerações gerais

Na forma do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, tem-se que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A proibição da exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de ameaça a direito constitui-se no fundamento de uma tutela preventiva geral. A tutela preventiva geral caracteriza-se pelo aspecto da prevenção do ilícito, na medida em que se consubstancia em uma ameaça a direito. A ameaça a direito caracteriza-se pela existência atual ou futura (probabilidade e existência) de um ato idôneo a causar uma lesão.

A tutela preventiva da ameaça a direito pode dar-se mediante uma tutela de urgência ou uma tutela de não-urgência. A tutela preventiva de não-urgência reveste-

se da característica de satisfatividade. Já a tutela preventiva de urgência, pode ser satisfativa ou cautelar.

A tutela preventiva satisfativa pode ser prestada mediante uma tutela jurisdicional preventiva final, ou uma tutela jurisdicional preventiva antecipatória. A tutela preventiva antecipatória pode fundar-se na urgência ou na evidência.

3.5.3.2 Breves considerações sobre a tutela preventiva e o princípio geral de prevenção: a tutela de segurança como fundamento da tutela preventiva

Quando se trata de prevenção, dois aspectos devem ser considerados: o primeiro, consistente na delimitação da necessidade da prevenção; o segundo, consistente na demonstração do fundamento da prevenção.

De um modo geral, se afirma que a tutela preventiva é imanente a todo ordenamento jurídico, já que o direito à prevenção é um valor presente em qualquer modelo de ordenamento jurídico e reflete o grau de seu comprometimento com a efetiva realização dos direitos substanciais proclamados. O grau de comprometimento do ordenamento jurídico com a efetividade dos direitos substanciais é aferido a partir das garantias de realização desses direitos. A existência de garantias para a realização dos direitos substanciais implica a existência ou validade do próprio ordenamento jurídico.

Daí falar-se em um princípio geral de prevenção, o qual está presente em todos os ordenamentos jurídicos, porque, a rigor, decorre da necessidade de adequação da tutela jurisdicional às situações substanciais juridicamente tuteladas, em especial aquelas de conteúdo não patrimonial. Por essa razão, pode-se afirmar que a tutela preventiva é imanente ao ordenamento jurídico.

Para Luiz Guilherme Marinoni, “a tutela preventiva é a única capaz de impedir

que os direitos não patrimoniais sejam transformados em pecúnia, através de uma inconcebível expropriação de direitos fundamentais para a vida humana.”⁵⁵⁸ Essa assertiva é absolutamente correta. No entanto, a consequência dessa assertiva é restringir o fenômeno da preventividade para o âmbito da satisfatividade. E essa parece não ser a melhor solução para o destino da preventividade considerando-se que o fundamento da tutela preventiva é a tutela de segurança, a qual se consubstancia na declaração de inviolabilidade dos direitos declarados e no grau de comprometimento com a efetividade desses direitos mediante a conservação de sua integridade, exercício e gozo.

3.5.3.3 O tempo do processo: o dano dele decorrente e a necessidade de prevenção

No âmbito do estudo da tutela preventiva insere-se o tema consistente no tempo do processo, expressão que vem sendo utilizada como matriz dos aspectos que devem ser observados à luz da adequação das técnicas processuais e seus instrumentos, como cognição, provimentos e procedimentos adequados ao direito substancial e à finalidade da tutela.

A impossibilidade de exaurimento do iter procedimental instantaneamente impõe considerar o tempo como elemento necessário ao desenvolvimento do procedimento para a conclusão do processo. E o tempo do processo, por si só, constitui-se em fator de dano, qualificado por Italo Andolina como “dano marginal.”⁵⁵⁹ A exemplo de qualquer dano injusto, o dano marginal decorrente do tempo do processo, desafia reparação, quando ocorrido. Mas, sobretudo, exige-se prevenção.

Nessa ordem de idéia em torno da “prevenção do dano marginal do processo”,

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

⁵⁵⁹ ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983, p. 20.

impõe-se organizar uma tutela jurisdicional adequada à consecução da prevenção, denominada tutela preventiva.

3.5.3.4 Conceito

Prevenir, em sua raiz etimológica, deriva de *praevenire* que significa “vir antes”. No plano da tutela jurídica, prevenir significa evitar a violação da norma, ou seja evitar a conduta *contra ius* ou evitar a continuidade da violação, ou ainda, o risco de violação. Num sentido mais estrito, prevenir significa evitar o dano marginal do processo.

Para Grossen tutelas preventivas, são “aquelas que se fundam em uma iminente ameaça ao direito (Rechtsgefährdung), em antítese àquelas que se fundam na violação de um direito (Rechtsverletzung).”⁵⁶⁰

No exame da tutela preventiva impõe considerar a incidência da temática da sanção na seara específica desta tutela. Este problema implica na fixação do conceito de sanção em sentido processual. Quando se fala em aplicação da sanção liga-se imediatamente ao tema da “adequação da via executiva” para a realização do direito substancial. É neste sentido que Ada Pellegrini Grinover⁵⁶¹ refere-se às formas de aplicação da sanção, referindo-se à forma primária de restituição ao estado anterior e à forma secundária de ressarcimento.

O problema que se põe, a rigor, consiste na caracterização, ou não, do

⁵⁶⁰ GROSSEN, Jacques Michel. L'azione in prevenzione al di fuori dei giudizi immobiliari. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1959, p. 418.

⁵⁶¹ As palavras de Ada Pellegrini: “a superioridade da tutela preventiva foi recentemente assinalada, frente à inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias de reparação ou do ressarcimento.” (GRINOVER Ada Pellegrini. *A tutela preventiva das liberdades: 'habeas corpus' e mandado de segurança*. RePro, n. 22, n. 22, São Paulo: RT, abr./jun. 1981, p. 27).

fenômeno sancionatório no âmbito da tutela preventiva. Isto porque, o fenômeno sancionatório estava amoldado à função repressiva. E a função repressiva estava amoldada à tutela contra o dano, e, esta, à tutela ressarcitória por equivalência.

Cristina Rapisarda⁵⁶² afirma, categoricamente, o caráter não-sancionatório da tutela inibitória, uma típica espécie de tutela preventiva satisfativa. O próprio Marinoni⁵⁶³ exclui a função repressiva da tutela preventiva, quando afirma que “na tutela inibitória – leia-se: na tutela preventiva na modalidade inibitória - não se busca a repressão à ocorrência do dano – quer-se evitar sua ocorrência”.

Para Luiz Guilherme Marinoni:

Quando se pensa em uma tutela inibitória, imagina-se uma tutela que tem por fim impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito, e não uma tutela dirigida a uma reparação do dano. Portanto, o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto o da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ressarcível ter sido produzido ou não com culpa.⁵⁶⁴

Portanto, a questão consiste na adoção de uma tutela destinada a evitar a violação do direito, vale dizer, uma tutela atuada antes que ocorra o ilícito ou o dano. Conquanto a relevância da tutela preventiva para a adequada tutela dos direitos, a mesma não tem recebido o tratamento e a atenção necessária, como ressalta Marinoni:

⁵⁶² Como explica Cristina Rapisarda: “a autonomia da inibitória da culpa depende também do caráter não sancionatório desta forma de tutela. Na disciplina da inibitória, o requisito da culpa perde realmente a típica função de garantia da liberdade de ação de alguém que desempenha quando a tutela determina a imposição ao sujeito passivo de uma desvantagem econômico-jurídica, como no caso da tutela ressarcitória” (RAPISARDA, Cristina. Premesse allo studio della tutela civile preventiva. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova : Cedam, jan./mar. 1980, p. 103).

⁵⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Comentários, p. 112.

⁵⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 26.

Não obstante a efetiva superioridade da tutela preventiva, impõe-se notar, com bem observado por RAPISARDA, na passagem acima aludida, que a atenção da doutrina para este caminho é – mesmo no direito comparado – ainda muito recente (ao menos comparada ao desenvolvimento recebido pela tutela repressiva). E, com isso, tem-se que a adaptação dos institutos do direito processual a esta tutela preventiva também não recebe a mesma atenção, quer da doutrina, quer da legislação brasileira.⁵⁶⁵

É de se lamentar a falta de sensibilidade no trato matéria, pois deixar de lado a tutela preventiva para se preocupar com a tutela do direito violado, corresponde a não dar ao direito a tutela adequada.

3.5.3.5 Objeto da cognição nas tutelas preventivas

Assume especial relevância a compreensão do objeto da cognição na tutela preventiva. Referindo-se à tutela inibitória, tipicamente preventiva, Marinoni sentencia que “desde logo, pode-se afirmar que não é objeto de perquirição, nas ações inibitórias, as questões do dano ou da culpa.”⁵⁶⁶

E complementa Marinoni:

Quanto ao dano, é certo que sua ausência não descaracteriza a necessidade de uma tutela. Isto pode ocorrer frente a qualquer relação jurídica, mas em relação a direitos não patrimoniais, o evento é típico: para que haja sua lesão, totalmente despidendo é o resultado “dano” [...]“O dano é, tão-só, pressuposto necessário para a evocação da responsabilidade (reparação do dano): tirante este aspecto, porém, o fato ilícito, por si só, já é razão suficiente para invocar e obter a proteção judicial.”⁵⁶⁷

Assim, conclui Marinoni:

Na ação inibitória não há espaço para a alegação – e,

⁵⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários, p. 108.

⁵⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários, p. 109.

⁵⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários, p. 109-110.

consequentemente, para a prova – de dano ou de culpa. Ao revés, a cognição judicial, e também o *tema decidendum*, ficam restritos à questão da viabilidade futura da ocorrência de um ilícito, o que pode ser decomposto em dois elementos de perquirição judicial: a ameaça da prática de um ato futuro; e a ilicitude deste ato.⁵⁶⁸

Portanto, o objeto da cognição na tutela preventiva, limita-se a verificação da ocorrência futura de um ilícito, o que, diga-se de passagem não é missão muito fácil, exigindo, ainda, alguma reflexão a respeito.

3.5.3.6 Técnica de tutela adequada para prevenção do ilícito

Na perspectiva da adequação da tutela voltada contra o ilícito, impõe-se considerar as situações em que a técnica executiva se torna o único meio adequado para evitar a prática ou a repetição do ilícito. O meio de coerção direta, nesse caso, conjuga-se com a função preventiva da tutela voltada contra o ilícito. A adequação do meio de coerção direta resulta da necessidade da prevenção do ilícito independentemente da vontade do réu, razão pela qual afigura-se inadequada a coerção indireta. Para Marinoni, assume a feição de tutela preventiva:

Com efeito, há meios que, independentemente da vontade do réu, podem evitar a prática ou a repetição do ilícito. Assim, por exemplo, a designação de um administrador provisório para, atuando no seio de uma empresa, impedir que seja praticado ou repetido ato contrário ao direito. Ou mesmo a designação de oficial de justiça para, com auxílio de força policial, impedir que determinada empresa ou pessoa adentre em dado local para exercer atividade que seja da incumbência exclusiva de outrem.⁵⁶⁹

Marinoni procura diferenciar a tutela inibitória da tutela preventiva executiva. A distinção faz-se necessária pelo fato de que entre essas modalidades de tutelas há em comum a função preventiva e a finalidade (ambas são voltadas a evitar o ilícito ou a

⁵⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários, p. 113.

⁵⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122

sua repetição).⁵⁷⁰ Para Marinoni, o critério pelo qual seria válida a distinção entre a tutela inibitória e a preventiva executiva repousaria no modo de atuação das tutelas, ou a diferença entre os meios processuais que permitem a prestação destas tutelas e nos impactos que provocam sobre a esfera jurídica do réu.⁵⁷¹

Assim, se manifesta:

O modo de atuação das tutelas, ou a diferença entre os meios processuais que permitem a prestação destas tutelas, leva-nos a diferenciá-las, ainda que ambas sejam voltadas contra o ilícito [...] Designamos a tutela destinada a evitar o ilícito ou a sua repetição, mas que prescinde da vontade do demandado, de preventiva executiva, justamente para deixar claro que os seus significados, ou os impactos que provocam sobre a esfera jurídica do réu, são distintos.⁵⁷²

Por consistir a tutela preventiva executiva em modalidade de tutela voltada contra o ilícito, impõe-se destacar o critério de distinção entre ela e a tutela reintegratória. Para Marinoni, a tutela preventiva executiva distingue-se da tutela reintegratória pelo fato de que “a tutela preventiva executiva impede a prática do ilícito, não se destinando a removê-lo”.⁵⁷³ De fato, o pressuposto da tutela reintegratória consiste, exatamente, no ilícito que deixou vestígios”, sendo aquela tutela voltada para a remoção do ilícito mediante a remoção dos vestígios por ele deixados.⁵⁷⁴

A distinção entre a tutela preventiva e a tutela executiva fica bem evidenciada a partir do delineamento das funções assumidas pela tutela preventiva executiva. Para Marinoni, “A tutela preventiva executiva pode assumir duas funções distintas: I)

⁵⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122.

⁵⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122.

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

impedir a prática do ilícito; e II) impedir a repetição do ilícito.⁵⁷⁵ Assim, para Marinoni, a função preventiva consistente na modalidade prevenção da continuação do ilícito resta excluída da tutela preventiva.

De um modo ainda mais direto, Marinoni assume o critério de distinção entre as tutelas preventiva executiva e reintegratória a partir da fixação da modalidade voltada contra o ilícito continuado como modalidade única:

O que diferencia tais tutelas, como se percebe, é o fato de que a tutela de remoção do ilícito supõe um ilícito já praticado ou em ato, ao passo que a tutela preventiva executiva requer um ilícito que ainda há de ser praticado ou se repetir.⁵⁷⁶

Parece que Marinoni vislumbra a possibilidade de um ato ilícito consumado exaurir-se deixando vestígio e um ilícito consumado continuado que também deixasse vestígio. Isto porque, a rigor, é contra o ilícito que deixa vestígio que cabe a tutela reintegratória. Logo, o critério, a rigor, residiria nos vestígios deixados pelo ilícito, porque, para evitar a repetição, o ato há de Ter sido praticado, mas sem ter deixado vestígio.

Posso pensar na hipótese de um ato ilícito continuado que não deixa vestígios, ou que, pelo menos, não necessite da coerção direta para a remoção do ilícito? A existência dessa modalidade de ilícito continuado poderia admitir a necessidade de coerção direta para a cessação?

Marinoni coloca o problema no plano da eliminação do ilícito mediante a cessação de sua continuação:

⁵⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

⁵⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 122-123.

Contudo, a tutela inibitória destinada a evitar a continuação do ilícito pode ser confundida com a tutela reintegratória, já que a tutela que impede a continuação de um ilícito também o elimina.⁵⁷⁷

Luiz Guilherme Marinoni reconhece que há uma “zona de penumbra” entre a tutela inibitória que vise cessar o ilícito e a tutela reintegratória. Essa zona de penumbra decorre do fato de que a tutela reintegratória é voltada contra o ilícito em ato. Essa explicação de Marinoni leva a necessidade de compreender ‘os vestígios’ como elemento essencial justaposto à continuação do ilícito para a caracterização da tutela reintegratória. Noutras palavras, o ilícito continuado deixaria, sempre, vestígios, os quais careceriam serem removidos.⁵⁷⁸

Mas, será que há ilícito continuado sem vestígios? E , mais: será que há vestígios de ilícito consumado não-continuado? A zona de penumbra se faz ainda maior. Mas, o que está em jogo, a rigor, é a diferença entre tutela reintegratória e a tutela preventiva executiva. Marinoni reserva a tutela preventiva executiva para os casos em que a prevenção do ilícito amolda-se às modalidades consistentes em impedir que o ilícito ocorra e impedir a repetição do ilícito.

Mas, o que se observa é que, quando o ilícito é continuado, a tutela adequada é denominada reintegratória, embora em ambas (preventiva executiva e reintegratória), a coerção direta seja elemento comum.

⁵⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 117.

⁵⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 117.

CAPÍTULO VII

O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO COMO UM SISTEMA GENÉRICO DE TUTELA DIFERENCIADA CARACTERIZADO PELA LIBERDADE DE CONSTRUÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA ÀS PECULIARIDADES DO DIREITO SUBSTANCIAL

Já foi afirmado que o processo civil contemporâneo representa uma revolução copérnica em relação ao modelo processual clássico, em especial pela profunda ruptura com esse paradigma superado.

Porém, não se pode esquecer que todo o material empregado no processo de construção do processo civil contemporâneo já havia sido testado durante a vigência do processo civil clássico, nas dobras das rupturas representadas pelas tutelas diferenciadas. Assim, por exemplo, o aspecto da adequação da tutela dos direitos à luz da tempestividade, cujo ponto nodal é o tempo do processo, o qual sempre causa dano marginal,⁵⁷⁹ a exigir um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do processo”.⁵⁸⁰ Essa distribuição racional do tempo do processo era obtida mediante a flexibilização das técnicas de cognição combinadas com técnicas diferenciadas de procedimento, as quais permitem a construção de modelos processuais adequados mediante a adoção de técnicas antecipatórias da tutela ou dos seus efeitos. Isso possibilitava uma tutela na forma preventiva.

Outro exemplo consiste no aparelhamento do ordenamento jurídico, mediante provimentos jurisdicionais diferenciados, a exemplo dos provimentos mandamentais

⁵⁷⁹ Neste sentido: ANDOLINA, Ítalo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*, p. 20.

⁵⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 15.

e executivos *lato sensu*. Por outro lado, técnicas coercitivas diretas e indiretas foram testadas nas dobras das tutelas diferenciadas. Tudo, porém, construído sob a égide das tutelas diferenciadas, mantendo-se incólume o processo civil clássico, com a sua matriz da *ordinariedade*, vale dizer, reforçando ainda mais a matriz da *ordinariedade*, o que conduzia o processo civil clássico a uma profunda hipertrofia de efetividade. Essa mesma hipertrofia, embora em menor grau, era constatada nas tutelas diferenciadas. Isso porque, somente poderia haver uma tutela jurisdicional adequada se o legislador se dispusesse a prever, expressamente, um modelo diferenciado. E, na medida em que era estabelecido um modelo diferenciado, o mesmo era submetido a uma indesejável rigidez. Isso quer dizer que diante de um modelo diferenciado a única alternativa disponível era sua eventual conversão para o modelo comum genérico.

Essa situação mudou radicalmente com a consolidação do processo civil contemporâneo: o princípio da plenitude de instrumentos e técnicas processuais, extraído do modelo processual constitucional, limita a liberdade do legislador no processo de escolha dos direitos que serão tutelados adequadamente, bem como limita sua liberdade de escolha dos instrumentos e técnicas processuais para atuarem de forma diferenciada. Ao mesmo tempo, o princípio da plenitude de instrumentos e técnicas processuais permite a construção de instrumentos e técnicas processuais adequados às peculiaridades do direito material.

Isso fez do processo civil contemporâneo um “Sansão” pós-moderno,⁵⁸¹ ou seja, potencializado para dar conta dos reais significados da efetividade da tutela jurídica. E mais: a construção do modelo adequado não mais necessita de um parâmetro legislativo permissivo e nem tolera um parâmetro legislativo proibitivo, embora nada seja absoluto, porque o espaço processual não se compatibiliza com o absoluto. Vale

⁵⁸¹ A referência, aqui, é ao personagem bíblico. Um Sansão pós-moderno não teria sua força radcada nos cabelos (elemento endógeno) mas em Deus (elemento externo). Mas essa força não haveria de se manifestar somente no momento apocalíptico trágico de sua vitória final, a qual representou sua autodestruição, embora com certa dose de honra por não ter sido morto pelos inimigos. Um Sansão pós-

dizer, o operador do direito não mais necessita depender do legislador para fazer atuar o princípio da efetividade da tutela jurídica, podendo ser extraído do comando dos arts. 273, 461 e 461-A, do CPC, os quais, de forma genérica, propiciam a tutela adequada dos direitos. Eis, pois, a revolução copérnica: um processo pleno de instrumentos e técnicas processuais, flexibilizado na medida do necessário com plasticidade suficiente para responder às necessidades e peculiaridades do direito material - um processo “Sansão” comprometido com a efetividade da tutela jurídica.

Portanto, a liberdade de construção da tutela jurisdicional adequada no processo civil contemporâneo implica na compreensão de um sistema genérico de tutela diferenciada. E, sem dúvida, essa é a marca da revolução copérnica representada pelo processo civil contemporâneo.

É nessa linha que se constata as profundas alterações introduzidas no Direito Processual positivo brasileiro, sob o signo da efetividade da tutela dos direitos, as quais caracterizam-se pela introdução de novos instrumentos processuais adequados para a obtenção dos resultados preordenados pelo direito substancial. A necessidade desses novos instrumentos é fruto da comprovada e inaceitável insuficiência dos instrumentos processuais do Direito Processual clássico para a tutela dos direitos não-patrimoniais e dos direitos patrimoniais que não são realizados adequadamente pela equivalência em pecúnia.

Por essa razão, os novos instrumentos estão assentados em pressupostos teóricos regidos pela necessidade de adoção de técnicas de diferenciadas de tutela para a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Dentre os pressupostos teóricos informativos dos novos instrumentos processuais impõe-se destacar a adequação e a efetividade, cujos corolários são os seguintes: o pressuposto teórico consistente no isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, cuja consequência é a necessária construção de tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas

voltadas contra o dano; cognição necessária e suficiente; coercibilidade da vontade humana, cuja consequência é a introdução de técnicas coercitivas indiretas (ou mecanismos de indução psicológica); a superação do binômio cognição-execução, cuja consequência é a construção de processos cujos procedimentos permitam a realização das atividades jurisdicionais cognitivas ao lado de atividades jurisdicionais coercitivas diretas (ou executivas em sentido estrito); a superação do princípio *nulla executio sine titulo*, cuja consequência é o descolamento da noção de sanção da noção de sanção executiva patrimonial e a possibilidade de se permitir que outros provimentos jurisdicionais, além da sentença condenatória, se constituam em fatos aos quais se agrega a eficácia executiva; o princípio da primazia da tutela específica, cuja consequência é a construção de tutelas adequadas à conservação e ao exercício gozo do direito na forma específica; e o princípio da plenitude dos instrumentos processuais para a tutela dos direitos, cuja consequência é a possibilidade de realização do direito substancial a partir da sua natureza e peculiaridades específicas, mediante a construção da tutela jurisdicional adequada às peculiaridades do direito substancial.

CAPÍTULO VIII

ASPECTOS RELEVANTES DA DOUTRINA DO MANDADO DE SEGURANÇA À LUZ DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO PROCESSO CIVIL CLÁSSICO

1. Considerações gerais

No exame da nova dogmática do processo civil contemporâneo constatou-se que o mesmo foi construído a partir da superação geral dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial com a quebra da ordinariedade e o enfoque privilegiado da tutela de segurança, representada pelo forte compromisso com a tutela dos direitos, com primazia para a tutela na forma específica.

A tutela de segurança, consubstanciada na declaração de inviolabilidade dos direitos e na conservação de sua integridade, seu exercício e gozo na forma específica, assume feição de direito subjetivo público, tanto no caso do dever do Estado de não violar os direitos, quanto no caso do dever-poder do Estado de conservar a integridade do direito e do seu exercício e gozo no caso de violação ou de ameaça de violação. Portanto, enquanto direito ao exercício e gozo do direito declarado, consubstancia-se num direito subjetivo público à segurança, enquanto direito primário do titular, justaposto ao direito primário declarado, de natureza sancionatória. Por essa razão, o direito primário declarado e o direito de segurança ao direito primário declarado, mediante a sua não-violação, assumem feição de direito público, já que o Estado tem o dever de assegurar o exercício dos direitos, não permitindo sua violação. Portanto, em relação ao Estado, o direito subjetivo público à segurança implica em que o mesmo é devedor da prestação de segurança, em relação a todas as suas atividades: normativa, administrativa e jurisdicional. Portanto, a dogmática do processo civil contemporâneo tem como pressuposto uma tutela de segurança genérica, que tanto pode ter natureza satisfativa quanto natureza

cautelar, rompendo com o paradigma do processo civil clássico, no qual a tutela de segurança era tratada sob a égide da tutela diferenciada.

Por outro lado, o exame da nova dogmática do processo civil contemporâneo permitiu constatar a existência de um princípio constitucional consistente na plenitude dos instrumentos processuais, uma vez que o modelo processual constitucional está dotado de todos os instrumentos, técnicas e soluções processuais adequadas à proteção efetiva do direito. Por essa razão, já não mais se aceita a permanência de instrumentos, técnicas e soluções processuais específicas inadequadas, uma vez que todos os pressupostos processuais teóricos não comprometidos com a efetividade da tutela dos direitos, ou que, de algum modo, represente entrave à efetividade da tutela dos direitos, restaram superados pelo modelo processual constitucional.

Por fim, constatou-se que um processo pleno de instrumentos e técnicas processuais, flexibilizado na medida do necessário, com plasticidade suficiente para responder às necessidades e peculiaridades do direito material, limita a liberdade do legislador no processo de escolha dos direitos que serão tutelados adequadamente, bem como limita a liberdade de escolha dos instrumentos e técnicas processuais para atuarem de forma diferenciada. Ao mesmo tempo, o princípio da plenitude de instrumentos e técnicas processuais permite a construção de instrumentos e técnicas processuais adequados às peculiaridades do direito material. Isso fez do processo civil contemporâneo um “Sansão” pós-moderno, ou seja, potencializado para dar conta dos reais significados da efetividade da tutela jurídica, caracterizando-o como um sistema genérico de tutela diferenciada caracterizado pela liberdade de construção da tutela jurisdicional adequada às peculiaridades do direito substancial.

Essas peculiaridades do processo civil contemporâneo oportunizam uma revisitação de alguns aspectos relevantes do perfil do mandado de segurança, construído à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, já que o

mesmo consiste num modo de tutela de segurança satisfativa que representou um modo particular de ruptura com o paradigma do modelo processual civil clássico.

Essa análise será realizada sob o signo de duas advertências básicas em relação a um paradigma: primeiro, lembrando Einstein,³³⁸ deve-se ressaltar a dificuldade na ruptura de uma paradigma; segundo, lembrando Boaventura de Sousa Santos,³³⁹ há um parâmetro limite para a manutenção de um paradigma, o qual permite constatar sua ruptura: se o problema surge fora do paradigma, então o paradigma restou superado por outro paradigma; o mesmo ocorre se a solução do problema oferecida pelo paradigma criar um problema maior que o problema a que visava solução. É no contexto dessas duas advertências que se desenvolve o exame do mandado de segurança.

Para dar cabo dessa empreitada, serão feitas breves referências aos similares ao mandado de segurança no direito comparado, seguida de uma breve referência à evolução do mandado de segurança no direito brasileiro. Na sequência, será buscada a compreensão da doutrina do mandado de segurança, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, mediante a utilização da chave mestra consistente no eixo metodológico consubstanciado na investigação da tutela jurisdicional dos direitos a partir do critério de distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo e do critério de distinção entre ilícito e dano, bem como das tutelas voltadas contra o ilícito e contra o dano.

Por fim, serão examinados os elementos que delinearam o perfil do mandado de segurança, à luz dos pressupostos do processo civil clássico, para o fim de estabelecer um contraste com a nova dogmática do processo civil contemporâneo,

³³⁸ Albert Einstein afirmou, com razão, muito antes das experiências com o quartzo, que é mais fácil desintegrar um átomo que quebrar um paradigma.

³³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1990, p. 46.

considerando-a como a matiz de um novo impulso na construção da doutrina do mandado de segurança.

2. Breves notas sobre institutos similares ao mandado de segurança no direito comparado enquanto modos de tutela dos direitos fundamentais

2.1. Considerações preliminares

A proteção aos direitos humanos na América Latina, seguindo o modelo das cartas constitucionais do século XIX, vem se desenvolvendo de maneira considerável nos últimos anos. Surgiram, assim, como instrumentos de tutela, a revisão judicial da constitucionalidade das leis (Estados Unidos da América), o *habeas corpus* (Inglaterra), e o amparo (de inspiração mexicana).

Conforme vislumbra Héctor Fix-Zamudio,³⁴⁰ as legislações ordinárias dos Estados Unidos e da Europa tiveram como ponto de partida, em sede de proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais, a Constituição Federal mexicana, de 5 de fevereiro de 1917. Foi justamente com a promulgação desta carta política que se iniciou, historicamente, o chamado *constitucionalismo social*, o qual ganhou contornos mais nítidos após a Primeira Grande Guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial estabeleceu-se, nas leis fundamentais europeias, o chamado Estado democrático e social. Também no pós-guerra deu-se o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), fundamental para o desenvolvimento do Direito Internacional dos direitos humanos.

³⁴⁰ FIX-ZAMUDIO, Hector. Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en latinoamérica. In: VALADÉS, Diego; GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coord.). *Derechos humanos: memoria del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org>>. Acesso em: 11.07.02.

A proteção dos direitos humanos se viu mais nítida nos países latino-americanos nos idos dos anos setenta e final dos anos oitenta, com a extinção dos governos ditatoriais e a edição de novas Constituições. Surgiram, assim, diferentes instrumentos jurídicos e processuais tendentes a tutelar tais direitos, os quais vêm, em sua maioria, a necessidade de aperfeiçoamento face às novas tutelas jurisdicionais.³⁴¹

Fix-Zamudio sustenta que os instrumentos de proteção jurídica e processual dos direitos humanos devem partir de três princípios básicos, quais sejam: a) um procedimento sensível e rápido; b) amplas e eficazes medidas cautelares ou precatórias, que impeçam a irreparável violação dos direitos fundamentais, e c) uma decisão tendente a restituir, até onde for possível, os próprios direitos infringidos, na qual se estabeleçam medidas de reparação de danos e prejuízos ocasionados às vítimas e seus familiares.

Dentre os instrumentos de tutela dos direitos fundamentais, interessa-nos, de forma frontal, o *juicio de amparo* (com contornos diferentes no México e na Argentina), e os *writs* norte-americanos.

O *direito de amparo* é o instrumento protetivo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (excetuado o direito à liberdade e à integridade pessoais, tutelados pelo *habeas corpus*). Tal ação constitucional teve seu nascedouro no México, influenciado pela revisão judicial norte-americana, tendo por objeto a proteção contra atos de autoridade e a impugnação de disposições legislativas.

³⁴¹ En esta materia, el derecho constitucional latinoamericano ha sido muy imaginativo, admya que ha creado varios instrumentos específicos para otorgar mayor dinamismo a ciertos derechos humanos que han asumido particular significado en los años recientes, entre ellos los de carácter colectivo, incluyendo los considerados como traspersonales o difusos; el derecho de información y los correlativos de la protección de la intimidad, la honra y la dignidad de las personas; la introducción de organismos no jurisdiccionales para la tutela rápida y eficaz de los particulares frente a actos y resoluciones inistrativas, entre otros (FIX-ZAMUDIO, Hector. Op. cit).

Conforme leciona Dinamarco,³⁴² a extensa dimensão territorial da América Latina e as diferenças históricas nas origens coloniais impediram que houvesse, entre os países que a integram, uma unidade cultural. Este fator implica na diversidade de instituições políticas dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere ao controle jurisdicional da Administração.

O controle jurisdicional da Administração é feito, em alguns países, por uma justiça administrativa (contencioso administrativo), como é o caso da Colômbia, México, Uruguai - ao passo que outros mantêm a tradição de uma jurisdição una e ao Poder Judiciário competem todos os litígios, seja entre particulares, seja os que envolvem o Estado. Nesse quadro, variam também as opções sub-regionais no tocante aos modos de controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do Governo - havendo os países que optam pelo sistema difuso (Argentina, México), ao lado dos que praticam o controle por um sistema misto (Uruguai, Colômbia, Brasil).

Enquanto a generalidade dos países de língua espanhola mantém-se fiel às origens ibéricas de seu direito, o Brasil afastou-se significativamente delas, especificamente no que diz respeito ao direito privado e ao processo civil, este nitidamente inspirado em modelos italianos mais modernos. A cultura processualística italiana está presente em todo o pensamento brasileiro de modo extremamente significativo, como consequência da presença de Enrico Tullio Liebman durante a Segunda Guerra Mundial - sendo muito menos notada essa influência nos demais países latino-americanos. Na literatura latino-americana de língua espanhola, especialmente na argentina e uruguaia, só mais recentemente se sente de modo expressivo a marca dos pensadores italianos - não tanto dos clássicos, como no Brasil, mas daqueles ligados às novas tendências representadas pela bandeira da efetividade do processo.

³⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. *Relatório Latino-americano para o Congresso da Associação Internacional do Direito Processual*. Disponível em:

É fundamental que tenhamos em mente tais distinções, para que melhor possamos compreender o estudo comparado dos instrumentos de tutela dos direitos fundamentais destes países.

2.2 O *Juicio de Amparo* no México

A doutrina é unânime em afirmar que a criação do *juicio de amparo* se deu na Constituição mexicana de Yucatán, no ano de 1840. Barbi acrescenta, porém, outros dois momentos históricos que teriam contribuído para o nascimento do instituto:

- a) o projeto esboçado pela minoria da Comissão encarregada em 1842 de fazer um projeto de Constituição [...];
- b) a Ata de Reforma de 1847, que veio restaurar e modificar a Constituição de 1824 [...].³⁴³

Muito embora se reconheça que o instituto do amparo mexicano tenha sido fonte fundamental à criação do mandado de segurança brasileiro, não há qualquer relação entre eles, segundo Hermes Zaneti Júnior:

[...] não existe uma aproximação entre o amparo mexicano e o mandado de segurança coletivo, como sistemas positivos, que legitime afirmar que um inspirou o outro. O que ocorre é que, nos países onde o amparo existe, ele se liga à idéia de defesa dos direitos fundamentais e cedo evoluiu para a tutela de direitos difusos, enquanto, no Brasil, o mandado de segurança coletivo se liga à defesa de direitos constitucionais e também de direitos estabelecidos na legislação ordinária.³⁴⁴

Zamudio sustenta que o amparo mexicano é mais complexo que o mandado de segurança. Segundo o autor, quatro são as funções do amparo, quais sejam: a) instrumento protetor de direitos fundamentais; b) meio de combater leis

<<http://www.forenses.com.br/Atualida/Artigos>>. Acesso em: 02.07.02.

³⁴³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

³⁴⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 38.

inconstitucionais; c) recurso de ‘cassação’; d) forma de impugnação dos atos da administração ativa.³⁴⁵ Eduardo Arruda Alvim, por seu turno, o considera um instituto afim ao mandado de segurança.³⁴⁶

A Constituição mexicana, de 5 de fevereiro de 1917, prevê o amparo em seus artigos 103 e 107:

Art. 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

1. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.
2. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados.
3. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.

Art. 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que dictamine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

1. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada.
2. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.
Podrá suplirse la deficiencia de la queja, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.
Podrá también suplirse la deficiencia de la queja en materia penal y de la parte obrera en materia de trabajo cuando se encuentre que ha habido, en contra del agraviado, una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso.

³⁴⁵ FIX-ZAMUDIO, Hector *et all.* *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*. México: Unam, 1963, p. 64. *Apud* ZANETI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controversos*. Porto Alegre: Fabris, 2001, p. 37-38.

³⁴⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 386 e ss.

Referidos dispositivos são regulamentados pela Ley de Amparo, datada de janeiro de 1936, a qual sofreu diversas modificações ao longo dos anos. Os operadores do Direito mexicanos vêm clamando por uma nova reforma da lei, para fins de englobar, também, a reforma constitucional e a Lei Orgânica do Poder Judiciário da Federação. Fix-Zamudio, em especial, sustenta a necessidade de ampliação do objeto do amparo, o que implicaria na anulação dos ramos processuais, com exceção daqueles tendentes à proteção dos direitos fundamentais e à impugnação da própria Constituição Federal. Segundo o emérito investigador mexicano, os processos civil, comercial, trabalhista, penal, administrativo, tributário e agrário desembocam no *juicio de garantías*.

São princípios constitucionais que regem o amparo:

- a) Princípio da instância da parte agravada (art. 107, Constituição do México e art. 4º da Ley de Amparo): o *juicio de amparo* só pode ser promovido pela parte a quem prejudicada.
- b) Princípio da existência de agravo pessoal e direto de caráter jurídico: por agravo entende-se o prejuízo sofrido pelo governado em sua esfera de direitos por ato de autoridade. O agravo deve ser pessoal e direto, e sua ocorrência deve ser certa. Levando em conta este princípio é que entende Celso Agrícola Barbi,³⁴⁷ no mais das vezes o amparo mexicano não possui caráter preventivo. Posicionamento diverso, no entanto, é o de Burgoa, para quem tal modalidade é admissível justamente pela “interpretação que deve ser dada ao ato reclamado, isto é, ao ato da autoridade eivado de inconstitucionalidade que legitima o autor à impetração dessa medida.”³⁴⁸ Para o emérito tratadista mexicano, ato futuro pode comportar amparo desde que iminentes, não se admitindo apenas para atos futuros remotos. Eduardo Arruda Alvim, esposado na doutrina de Carlos

³⁴⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 16

³⁴⁸ *Apud* CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Mandado de segurança: cabimento, pressupostos e procedimento da impetração preventiva*. São Paulo: LEUD, 2002. p. 73.

Arellano García, também sustenta a natureza preventiva do amparo:

A distinção feita, em última análise, guarda semelhança com os atos suscetíveis de desperta justo receio de lesão a direito líquido e certo (e, pois, suscetíveis de impugnação pela via do mandado de segurança) e aqueles que não geram esse justo receio, a que alude o art. 1º da Lei 1.533/51, e, de conseguinte, não legitimam a impetração da segurança.³⁴⁹

- c) Princípio da definitividade (art. 107, III e IV, da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos): o queixoso deve esgotar todos os recursos e meios de defesa existentes na lei que rege o ato reclamado antes de iniciar a ação de amparo. Assim, o amparo é um meio que se processa de forma extraordinária. Os recursos ordinários a serem esgotados devem modificar ou revogar os atos impugnados, caso contrário não há obrigatoriedade de sua utilização.
- d) Princípio da persecução judicial (arts. 103 e 157 da Ley de Amparo).
- e) Princípio da relatividade das sentenças (art. 107 da Constituição e art. 76 da Ley de Amparo): as sentenças que julgam o amparo protegem somente o(s) queixoso(s) que litigam, e obrigam unicamente as autoridades coactas
- f) Princípio do direito estrito: consiste na obrigação que tem o Tribunal de Amparo de analisar os conceitos de violação, sem considerar a inconstitucionalidade sobre aspectos não contidos na demanda.
- g) Princípio da faculdade de suprir a queixa deficiente: trata-se de exceção ao princípio anterior. O juiz ou o Tribunal de Amparo tem o dever de suprir a deficiência de conceitos de violação expostos na demanda do queixoso, conforme estabelece o art. 76 da Ley de Amparo.

A estes princípios, acrescenta Barbi o fato de às pessoas jurídicas de direito público só ser possível usar o amparo quando o reclamarem contra dano a direitos patrimoniais. Acresce-se, ainda, que a execução será feita preferivelmente de forma específica, podendo a Suprema Corte destituir do cargo a autoridade coatora que

³⁴⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no Direito Tributário*, p. 403.

não atender à ordem judicial.³⁵⁰

O modelo mexicano do *recurso de amparo* foi introduzido na legislação de diversos países latino-americanos, a saber: Argentina, Bolívia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela. Similar ao *juicio de amparo*, encontra-se no Chile o *recurso de protección*, em que coexistem as funções de amparo e de *habeas corpus*; e a *acción de tutela* na Colômbia.

O direito de amparo tem evoluído sobremaneira na América Latina, em que se nota a tendência de ampliar sua tutela para atos de particular e para englobar também direitos difusos. No México, o instituto originalmente tinha a finalidade única de controle da constitucionalidade de leis e atos administrativos, tendo, mais tarde, se estendido também para o controle da legalidade de atos de autoridades em sentido amplo. Com relação aos atos de particular (em geral, grupos sociais dominantes), a necessidade de tutela passou a ser vislumbrada com o clássico *case* de Samuel Kot, julgado em 5 de setembro de 1958. No México, onde teve origem no século XIX, o amparo foi desde logo destinado a amparar (e daí o nome) o gozo de direitos contra leis, decretos, atos das autoridades em geral, que, contrariando a Constituição ou a lei, causassem lesão às pessoas. Foi durante muito tempo apontado como um processo autônomo, ainda quando endereçado contra atos judiciais, mais modernamente, vem sendo afirmada a sua natureza recursal nessas hipóteses (amparo-cassação). De todo modo, é admissível como meio destinado a debelar violações constitucionais perpetradas por agentes do Estado em geral, inclusive os juízes ou tribunais - sendo que, no *juicio de amparo* instaurado contra atos judiciais, o julgador é incluído no pólo passivo da relação processual. Existem atualmente o amparo-cassação, o amparo-habeas corpus, o amparo contra leis, o amparo contra ato administrativo e o amparo comunal - cada um com uma

³⁵⁰ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 17.

destinação própria, como os nomes indicam.³⁵¹

No entanto, ainda não se vislumbra o amparo mexicano contra ato de particular.
³⁵² O juicio de amparo, no México, apresenta uma trilogia estrutural, reunindo o recurso de cassação, o recurso à Corte Constitucional e o amparo de direitos fundamentais.³⁵³

2.3 O Juicio de Amparo na Argentina

A Argentina é composta de 23 províncias, cada qual com sua legislação processual autônoma. Determinadas questões, inclusive as constitucionais, são julgadas pelas Cortes Supremas das províncias, e acima de todas elas está a Corte Suprema da República Argentina.

Mesmo sendo adepta do controle difuso, na Argentina a sua Corte Suprema de Justiça impede que os juízes e tribunais das províncias ou da cidade de Buenos Aires se pronunciem sobre a constitucionalidade das leis, o que compete exclusivamente aos órgãos federais.³⁵⁴

³⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. *Relatório Latino-americano para o Congresso da Associação Internacional do Direito Processual*. Op. cit.

³⁵² Uno de los sistemas de control de la regularidad constitucional, es el juicio de amparo que es el que de alguna manera puede incidir en o afectar a los medios alternos de solución de controversias. Dicho juicio se establece en favor de los súbditos o gobernados para garantizarles que todas las autoridades, federales o locales, acaten las disposiciones constitucionales. En principio, cualquier acto de autoridad, no de particulares, puede ser impugnado mediante el juicio de amparo de tal forma que si resulta inconstitucional, podrá ser anulado; asimismo, mediante el propio juicio puede lograrse que una norma abstracta, general, no se aplique al promovente del amparo en algún caso concreto en que éste se encuentre involucrado (NAVA, Carlos de Silva. *Papel de los jueces mexicanos como guardiones del procedimiento*. Disponível em: <<http://www.iadb.org>>. Acesso em: 02 jul. 2002).

³⁵³ El amparo tiene una trilogía estructural, toda vez que reúne los caracteres de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de casación. El primero de ellos lo constituye fundamentalmente el amparo contra leyes, el segundo en virtud de la tutela de los derechos de la persona humana, y el tercero a través del centro de la legalidad (FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Apud CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Mandado de segurança: cabimento, pressupostos e procedimiento da impetração preventiva*, p. 74).

A Constituição argentina, sancionada em 1853, dispõe, em seu artigo 22:

Art. 22. El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

Por muito tempo doutrina e jurisprudência interpretaram referido dispositivo como uma vedação aos cidadãos de substituírem as decisões governamentais. E o legislador infraconstitucional, talvez seguindo esta linha de raciocínio, não editou norma que pudesse cumprir tal finalidade.

O que se vislumbrou, porém, foi o aparecimento gradual de democracias participativas nas constituições das províncias argentinas, especialmente em Santa Fe (1921), Córdoba e Entre Ríos. Esta evolução se acentuou, de forma mais nítida, a partir de 1986, com a denominada “nova etapa do constitucionalismo provincial”. No entanto, o texto constitucional não trazia qualquer instrumento protetor das garantias individuais, com exceção ao art. 18 da Constituição argentina, que dispunha sobre a esfera criminal.

Clamava-se pela reforma da lei fundamental, para que a mesma fosse adequada a defender os direitos de terceira geração, permitindo acesso à justiça também para fins de proteger direitos difusos e coletivos. Tal reforma se deu em 1994, imprimindo substancial evolução ao direito argentino, com a introdução do capítulo II ao título I, primeira parte, intitulado “nuevos derechos y garantías” (arts. 36 a 43).

Foi justamente com a reforma de 1994 que a Constituição argentina passou a prever o *juicio de amparo*.³⁵⁵ O amparo argentino vem previsto no art. 43 da

³⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. *Relatório Latino-americano para o Congresso da Associação Internacional do Direito Processual*. Op. cit.

³⁵⁵ La Constitución en su actual redacción presenta como canales de participación y control ciudadanos [...]cuatro garantías, dos de las cuales ya existían con anterioridad – el amparo individual y el habeas

Constituição:

Art. 43. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

No direito argentino, a diferença entre o *juicio de amparo* e o *habeas corpus* é bastante nítido, embora apresentem a mesma natureza institucional e jurídica. A Corte Suprema de Justiça da Nação argentina já se expressou no sentido de que o

corpus- aunque ahora se les ha dado una extensión mayor, a las que se suman dos nuevos instrumentos: el habeas data y el amparo "colectivo". Estas dos últimas han sido tomadas del derecho provincial, pues la mayor parte de las constituciones de provincia, ya las habían adoptado tiempo atrás. En consecuencia, entran dentro de los objetivos del proyecto, tanto los institutos de los artículos 39 y 40 C.N., como las garantías recientemente señaladas, en particular el amparo "colectivo" (SABSAY, Daniel Alberto. El amparo colectivo consagrado por la reforma constitucional del 1994. In: *Cuadernos de análisis jurídico*, n. 7. Série Publicaciones Especiales. Buenos Aires: Ed. Felipe González Morales, abril de 1997, p. 387-405).

habeas corpus protege somente a liberdade física ou corporal face a uma prisão ilegal ou arbitrária, não sendo aplicável aos demais direitos constitucionais, que são tutelados pelo amparo.

Antes de 1966 (Lei 16.986), o problema residia na falta de regulamentação processual do amparo na Argentina. A Corte Suprema chegou a firmar entendimento no sentido de que a ausência de lei regulamentadora não poderia obstaculizar a aplicação deste instrumento. Assim, admitia-se a aplicação, quando possível, do trâmite do *habeas corpus* ao *juicio de amparo*. A partir dos célebres casos “Siri” e “Kot”, passou-se a adotar a seguinte argumentação: “as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo simples fato de estarem consagradas na Constituição, e independentemente de leis regulamentadoras”.³⁵⁶

Com a incorporação do amparo pela reforma de 1994, tornou-se necessária a revisitação da Lei 16.986 e os artigos 321, inc. II e 498, do Código de Processo Civil e Comercial daquela nação. A Constituição prevê duas formas de amparo, já reguladas pela legislação infraconstitucional: contra atos do Estado e contra atos de particulares. A lesão ao direito afetado pode se dar por ato positivo ou negativo. Também admite-se o amparo para os casos em que o trâmite na via processual ordinária poderia produzir dano irreparável.

Note-se, no entanto, que o ponto particular do amparo no direito argentino

³⁵⁶ En el caso Siri se protegía la libertad de prensa frente a una violación del poder público. Mientras que en el otro precedente se admitió la acción respecto de una violación proveniente de particulares. El Alto Tribunal en la mencionada jurisprudencia determina las características de la acción al considerarla como excepcional. Asimismo, considera que ella esta reservada a las delicadas y extremas situaciones en las que, ante la ausencia de otras vías legales, se pone en peligro la salvaguarda de derechos fundamentales del hombre. La regulación legislativa recién aparecería una década después (1966-68) con la sanción de la ley 16.986 que reglamentó el amparo contra actos de autoridad, mientras que en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se da cabida a esta acción cuando va dirigida contra actos de particulares (art. 321, inc. 2o). (SABSAY, Daniel Alberto. El amparo colectivo consagrado por la reforma constitucional del 1994. In: *Cuadernos de análisis jurídico*, n. 7. Série Publicaciones Especiales. Buenos Aires: Ed. Felipe González Morales, abril de 1997, p. 387-405).

reside em que, havendo outro caminho legal mais idôneo para que a parte possa ver protegido seu direito (violado ou ameaçado), não se admite que ela o faça via amparo (art. 2º, da Lei 16.986/66 c/c art. 43 da Constituição). Trata-se do princípio da subsidiariedade do amparo, esposado por Osvaldo Alfredo Gozáini.³⁵⁷

Luis Ricardo Lorenzetti, afirma:

[...] a Constituição estabelece uma limitação importante à subsidiariedade, dizendo que não deve existir outro meio judiciário. De maneira que o amparo é procedente mesmo quando exista outro meio que não seja judiciário, como o administrativo.³⁵⁸

É o amparo, portanto, o meio que dispõe o queixoso (pessoa física ou jurídica) contra atos ou omissões de autoridades administrativas,³⁵⁹ contra resoluções judiciais, contra leis e contra atos de particulares. Pode ser apresentado por escrito ou oralmente, a qualquer hora do dia ou da noite. Sua definição encontra-se no art. 1º da Lei 16.986/66.

Com relação ao *juicio de amparo* na Argentina, destaca Dinamarco:

Na Argentina, onde teve geração pretoriana, ele é admissível mais além dos casos suscetíveis de habeas corpus e para debelar ataques flagrantes, evidentes e insuscetíveis de uma reparação ulterior adequada contra as garantias individuais consagradas na

³⁵⁷ Lo interesante es que precisamente la nueva jurisprudencia ha tendido a considerar al amparo como alternativa principal y no subsidiaria. En el caso que da lugar a la cita se ventilaba la privación irregular de un beneficio de jubilación y procedimentalmente existían otras vías además del amparo para hacer lugar al requerimiento. Claro que ninguna era tan adecuada en razón a la consideración del derecho a la vida, en tanto y cuanto se trataba de una persona anciana que solo podía verse satisfecha en su pretensión si recibía respuesta de la manera mas rápida posible. Precisamente la sentencia de la Cámara Nacional de Seguridad Social III del 23/12/94, consideró que frente a un acto administrativo que había extinguido de manera arbitraria un beneficio jubilatorio, cabía abrir la vía del amparo en razón del riesgo "para su vida causados por el acto cuestionado" para su titular. (ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Mandado de segurança no Direito Tributário*, p. 387).

³⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 356.

³⁵⁹ Tem-se entendido que o conceito de autoridade deve ser o mais amplo possível, abrangendo qualquer agente, auxiliar, empregado, funcionário, magistrado ou governante público (SAGÜES, Néstor Pedro. *Apud* ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no Direito Tributário*, p. 389).

Constituição. No Uruguai, onde foi implantado por lei relativamente recente, ele se volta contra atos comissivos ou omissivos portadores de ameaça ou lesão a algum direito ou liberdade constitucionalmente assegurados - admitindo-se sempre que inexista outro meio judicial ou administrativo capaz de produzir o mesmo resultado.³⁶⁰

Não há, na Argentina, previsão de *juicio de amparo* a direitos difusos. Tal instrumento protege apenas a pessoa que o promove. Esta é, aliás, a distinção fundamental que se faz entre o amparo e o mandado de segurança brasileiro.

Na Argentina, como ocorre nos países latino-americanos de um modo geral, as Cortes Supremas possuem competência originária para administrar a jurisdição constitucional das liberdades. A Lei 16.986/66 exige, para o amparo, arbitrariedade ou ilegalidade manifesta, e admite haja dilação probatória, o que não ocorre com o mandado de segurança brasileiro. Na Argentina, é pacífico o entendimento de que o amparo pode ser um instrumento tanto repressivo como preventivo.

2.4 Os *Writs* Anglo-americanos

Por writ entende-se uma ordem, um mandado, um regulamento a ser cumprido. O *writ of mandamus* é o instrumento utilizado para “compelir o funcionário à prática de ato do seu ofício, nos casos em que o servidor não tem poder discricionário”.³⁶¹ Ao *writ of mandamus* americano assemelha-se a *acción de cumplimiento* peruana, a qual configura-se em um instrumento contra ato de autoridade que se negue a acatar norma legal ou ato administrativo.

O *mandamus* não pode ser impetrado contra o Presidente da República, representante da nação, ou contra seus secretários.

³⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. A função das cortes supremas na América Latina. Relatório Latino-americano para o Congresso de Associação Internacional do Direito Processual.

Também meio de defesa do particular no direito norte-americano é o *writ of prohibition*, o qual é utilizado para impedir que Cortes inferiores, desprovidas de jurisdição, façam julgamento. Como meio de controle dos órgãos judiciários, o *writ of prohibition* não guarda grande semelhança com o mandado de segurança brasileiro.

Outro *writ* que importa destacarmos é a *injunction*. Este tem por finalidade coibir ato que possa causar dano irreparável a direito do autor. A *injunction* pode ser mandatória ou proibitória, e apresenta três espécies: a) *ex parte restraining orders*, concedida *inaudita altera pars*; b) *temporary* ou *interlocutory*, concedida após a audiência e c) *permanent*, concedida após a sentença.

O *writ of injunction* anglo-americano é, de certo modo, similar ao mandado de injunção apregoado pela Constituição da República brasileira, embora com sentidos diversos. Enquanto o primeiro é proibitivo (provisório ou definitivo), o segundo tem seu campo de atuação na ausência de norma regulamentadora que possibilite o exercício dos direitos e liberdades pessoais.

Tem-se, ainda, o *quo arranto* e o *writ of certiorari*. O primeiro é utilizado primordialmente para controle da Administração, mas também pode atuar na defesa de direito particular, enquanto o segundo é direcionado basicamente à justiça estadual, com a finalidade de anular decisões de autoridades inferiores.

Por fim, cumpre destacar a presença de remédios extraordinários no direito americano, denominados de ‘normas da Suprema Corte’:

Segundo o Regimento da Suprema Corte, esses remédios extraordinários (*extraordinary writs*) devem ter o seu pedido precedido de licença para apresentação. Tanto o pedido de licença como a petição do *writ* devem ser comunicados ao juiz, contra cujo ato se recorre. Será também notificada a outra parte no processo

³⁶¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p.19-20.

com relação ao qual se deseja o mérito.³⁶²

No que tange aos direitos coletivos, há, no direito norte-americano, a previsão da *class action*, a qual é distinta do mandado de segurança, podendo ser definida como o procedimento em que uma pessoa, “considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. Seu cabimento restringe-se àquelas hipóteses em que a união de todos que poderiam ser partes em um mesmo processo [...] não é plausível [...] ou porque sua reunião, em um processo, daria ensejo a dificuldades insuperáveis quanto à jurisdição e à competência”.³⁶³

³⁶² BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 21.

³⁶³ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norteamericanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-149, abr./jun. 1996.

3. Breves notas sobre a evolução do mandado de segurança no direito brasileiro

A doutrina compreende o mandado de segurança como uma tutela consistente em garantia para a proteção dos direitos individuais contra o poder da administração. A justificativa dessa garantia repousaria na necessidade de contenção da arbitrariedade do poder público. A necessidade de contenção da arbitrariedade do poder público decorre da presunção de legitimidade e da auto-executoriedade de que se acha revestido o ato administrativo.

O problema da contenção da arbitrariedade do poder público pode ser analisado a partir de quatro períodos distintos. O primeiro período, consistente no Brasil Colônia, a contenção da arbitrariedade do poder público era praticamente impossível, em razão do caráter da monarquia absoluta portuguesa, caracterizada pela convergência de todos os poderes na pessoa do soberano e pela exclusão, em matéria de interesse do governo, da intervenção de qualquer autoridade.³⁶⁴

Porém, é dessa época os denominados *autos extrajudiciais*, aos quais se tem como o ancestral remoto e precursor do mandado de segurança.³⁶⁵⁻³⁶⁶

³⁶⁴ Segundo José Cretella Júnior: “na época do Brasil colônia, na luta contra arbitrariedade do poder público, dificilmente o administrado poderia ter ganho de causa. Nessa época, havia dois tipos distintos de jurisdições: a chamada *jurisdição una*, em que a função jurisdicional cabia, por excelência, ao Judiciário e a do denominado *contencioso administrativo* que, em sua forma absoluta, no regime francês, atribui funções judicantes à própria administração. Nessa época da monarquia absoluta portuguesa, a convergência de todos os poderes na pessoa do soberano excluía a intervenção de qualquer autoridade, em matéria governamental. Não era possível, então, falar num verdadeiro sistema do contencioso, decorrente de atos da Administração, com probabilidade efetiva de justiça” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 37).

³⁶⁵ No entanto, deve-se ter em linha de consideração que não deixa de ser paradoxal a imputação, aos *autos extrajudiciais*, da qualidade de precursor do mandado de segurança, pois aqueles existiram em um período em que se tem reconhecido a impossibilidade de, na prática, obter-se tutela dos direitos mediante aqueles remédios. O paradoxo se agigante na exata medida em que se compreende a ligação umbilical do mandado de segurança com a necessidade de tutela dos direitos individuais, os quais eram desconhecidos pelo regime monárquico português.

No segundo período, consistente no Brasil Império, constata-se a existência de uma Constituição Política do Império do Brasil, a qual, bafejada pelos ventos das aspirações liberais, democráticas e jusnaturalistas da época, proclama, em seu art. 179, que “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império”.

Sobre essa Constituição de 1824, Cretella Júnior,³⁶⁷ calcado em Alfredo Buzaid,³⁶⁸ afirma que “entretanto, como a Constituição Francesa, que lhe serviu de modelo, tais direitos não foram dotados da respectiva ação judiciária capaz de obter a sua pronta reparação perante os tribunais, quando ofendidos por ato ilegal do poder público.”

A Constituição de 1891, a exemplo da de 1824, reproduz, em seu artigo 72, *caput*, a previsão de tutela consistente na inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, estendendo essa garantia aos estrangeiros. De modo mais específico no que tange à declaração dos direitos previstos no *caput* do art. 72, os parágrafos do mesmo explicitam quais sejam esses direitos. Essa fórmula acabou por se constituir na “nossa *declaração de direitos do homem e do cidadão*, na primeira Constituição Republicana”.³⁶⁹ A efetividade, desse direitos, no entanto, restou comprometida pela ausência de instrumentos

³⁶⁶ Os *autos extrajudiciais* tinham previsão expressa nas Ordenações do Reino, tanto Afonsinas (III, 80) quanto Filipinas (III, 78): “há alguns autos extrajudiciais, que se tratam e fazem em modo de jurisdição, e estes convêm somente às universidades das cidades, vilas concelhos, colégios, confrarias e quaisquer outros semelhantes, quando juntamente fazem alguns autos por seus estatutos antigos e sentenças, lhes pertencem fazer em suas vereações, colégios ou confrarias. E destes podem lícitamente apelas para nós, e para nossos desembargadores e oficiais, para isso ordenados, as partes, que se sentirem agravadas, salvo se os autos forem tais, que segundo nossas ordenações, ou privilégios, que lhes *per* nós forem dados, ou confirmados, façam fim em eles por sua determinação”.

³⁶⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p 40.

³⁶⁸ BUZAID, Alfredo. Juicio de amparo e mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 56 (1): 212, 1961.

³⁶⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p 40.

processuais e jurisdicionais adequados.³⁷⁰ Ao tempo da Constituição de 1891, a vida real mostrava a inadequação da tutela jurisdicional efetiva dos direitos, a partir da inexistência de um modo de tutela que albergasse uma cognição e um procedimento adequados à natureza do direito. A contenção da arbitrariedade do Poder Público, violadora dos direitos individuais assegurados na Constituição, encontrou momento propício na Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, cuja inovação, introduzida em especial pelo seu art. 13, consistiu em prever, expressamente, no ordenamento jurídico positivo, a intervenção legítima do Poder Judiciário nos atos dos poderes executivo e legislativo:

[...] Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará, no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor *a)* considerando ilegais atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente, a autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade; *b)* a medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário, somente será havida por ilegal, em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.³⁷¹

No entanto, essa lei não produziu os resultados esperados. A razão dessa frustração não parece bem esclarecida. Para Amaro Cavalcanti:

O pensamento que se depreende dos dispositivos dessa lei é, antes de tudo, o de que a eficácia dos atos legislativos e administrativos assim como o dever de obediência dos mesmos deverão subsistir sem quebra até que por sentença judiciária proferida em processo regular, sejam tais atos declarados porventura nulos ou carecedores de força jurídica.³⁷²

³⁷⁰ Anota Cretella Júnior: “como na Constituição Imperial anterior, embora por um lado se enumerem, na República, os direitos outorgados ao cidadão, por outro lado, não se nomeia, paralelamente, qual o instrumento de defesa desses mesmos direitos contra a prepotência do poder público” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p 40).

³⁷¹ Neste sentido, Amaro Cavalcanti: “Com a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, art. 13, o que o legislador teve em mente foi consignar os casos e o processo, segundo o qual se podia dar a legítima intervenção do judiciário nos atos dos outros dois poderes, sem ofensa das faculdades destes, visto, até então, nada haver de positivo em nossas leis, a semelhante respeito” (CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, 1905, p. 616).

Nessa linha de raciocínio, o fato da previsão da intervenção legítima do Poder Judiciário nos atos dos poderes executivo e legislativo não era suficiente para atender as exigências de tutela dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição. Essa insuficiência residia no caráter de *ordinariedade* de que se revestia, já que a Lei nº 221, de 1894, não previa instrumentos processuais e jurisdicionais adequados para a tutela dos direitos e garantias fundamentais, quer na modalidade preventiva, que tivesse por finalidade impedir a violação iminente dos direitos, quer na modalidade de pronto restabelecimento do direito ofendido.³⁷³ Logo, o problema fundamental da Lei nº 221/1894 consistia em seu arcabouço conformado ao processo civil clássico, estruturado com base na técnica de cognição exauriente, mediante o procedimento comum ordinário.

Em síntese, a *ordinariedade*, da qual estava revestida a Lei nº 221/1894, implicava em sua absoluta inadequação para a tutela dos direitos fundamentais ameaçados de violação iminente ou, caso já violados, exigiam pronto restabelecimento. Ou seja, a ineficácia da Lei nº 221, de 1894, pelo fato da ausência de adequação em relação à necessidade de uma tutela jurisdicional tempestiva dos direitos fundamentais e adequada à tutela *in natura*, ou específica, dos mesmos.

Contra essa inadequação registre-se o labor incansável de Rui Barbosa. Como resultado, doutrina e jurisprudência contornam a inadequação mediante uma fórmula de interpretação extensiva permissora da adoção do *habeas corpus* para a tutela de “direitos incontestáveis”. Pontes de Miranda já afirmara que o mandado de segurança surgiu “por sugestão das extensões que tivera o *habeas corpus*, na feição

³⁷² CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 616.

³⁷³ Anoto Alfredo Buzaid: “Este primeiro passo, dado pelo legislador brasileiro, não parece ter alcançado êxito. Impaciente por qualquer demora na solução do pleito acerca dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, inexistindo na ordem jurídica ação adequada, capaz de satisfazer as mais elementares exigências de tutela, procuraram os interessados socorrer-se de formas judiciais atípicas, não só para impedir ameaça de violação iminente, como também para obter o pronto restabelecimento do direito ofendido” (Juicio de amparo e mandado de segurança. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 56 (1): 214, 1961).

primeira, ao tempo da Constituição de 1891.”³⁷⁴

Anota Themístocles Cavalcanti que “o mandado de segurança está filiado ao *habeas corpus* e à ação sumária especial introduzida pela Lei n. 221 de 1894. Ao *habeas corpus*, porque foi da aplicação desse instituto entre nós que nasceu a idéia de criar o mandado de segurança.”³⁷⁵ É oportuna a observação lançada por Themístocles Cavalcanti no sentido de que:

A criação do mandado de segurança traduzia, por certa forma, não somente o clamor dos que percebiam a imprescindibilidade de uma medida liberal para a proteção dos direitos primários do indivíduo, insuficientemente protegidos pelo *habeas corpus*, mas, ainda, fenômeno curioso do espírito conservador, exprimia o anseio de outros que desejavam conservar a pureza do instituto protetor da liberdade individual.³⁷⁶

Em seguida, aduz: “para uns o *habeas corpus* não bastava em sua aplicação liberal, para outros, a profanação do seu conceito clássico exigia a criação de outros remédios.”³⁷⁷

Quanto à ação sumária especial, Themístocles Cavalcanti afirma ser íntima sua ligação com o mandado de segurança e no seu entender essa ligação decorre, “não só pela natureza dos direitos que visa amparar, em muito semelhantes aos do novo instituto, mas ainda, pelas razões que justificaram a sua criação entre nós.”³⁷⁸

Em uma rápida visualização da ação sumária especial, constata-se

³⁷⁴ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 316.

³⁷⁵ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Freitas Bastos, 1957, p. 52.

³⁷⁶ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 52.

³⁷⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 52.

³⁷⁸ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 52-53.

que a mesma promoveu a abolição da dilação probatória, distinguindo-se do processo ordinário. Mas a ação sumária especial acabou por não atender à sua finalidade. Ao referir-se ao insucesso da Lei 221/1894, Themístocles Cavalcanti, afirma que: “faltou talvez a ação sumária especial à sua finalidade, menos por culpa do poder público do que pela inércia daqueles que têm em regra a sua iniciativa.”³⁷⁹ E acrescentou: “faltou-lhe o caráter enérgico dos remédios eficientes. E os resultados que dela se esperavam não corresponderam à expectativa.”³⁸⁰ Por outro lado, “com a reforma do nosso sistema processual, pelo novo Código do processo nacional, pôs-se em dúvida a subsistência da ação sumária especial, desaparecendo, assim, um dos meios rápidos para garantir o exercício dos direitos.”³⁸¹⁻³⁸²

A solução satisfatória adotada encontrava-se razoavelmente assentada até o advento da reforma constitucional de 1926.³⁸³ O texto constitucional reformado em 1926 passou a disciplinar o cabimento restrito do *habeas corpus* como modo de tutela da liberdade de locomoção. O reflexo imediato dessa restrição foi a de excluir o modo de tutela adequado de direitos, cuja solução implicava na necessidade de criação legislativa de um modo de tutela jurisdicional adequada. Essa adequação perpassava por duas exigências básicas: uma cognição adequada; e, um procedimento adequado.

A questão da necessidade de criação de um modo de tutela jurisdicional adequada dos direitos somente foi dirimida pela Constituição de 1934.³⁸⁴ Essa Carta

³⁷⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 53.

³⁸⁰ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 52.

³⁸¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*, p. 52.

³⁸² Celso Agrícola Barbi aponta as razões que levaram ao insucesso da lei: “pouco preparo dos juízes, inércia dos interessados e defeitos do sistema, pois permitida a suspensão do ato impugnado, mas não levava a uma rápida decisão da causa” (*Do mandado de segurança*, p. 30).

³⁸³ Anota Kazuo Watanabe: “A partir de então, pressionados pelos reclamos da vida real, que apontavam a insuficiência dos remédios jurídico-processuais à efetiva tutela dos direitos, fundamentais ou não, doutrinadores e legisladores passaram a se preocupar em encontrar um remédio mais eficaz” (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 45).

Constitucional introduziu no direito brasileiro o mandado de segurança para a defesa de direito, à época, denominado incontestável, mediante a previsão expressa em seu art. 113, n. 33, *verbis*:

Dar-se-á mandado de segurança para defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas-corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petições competentes.

A referência a direito certo e incontestável, para proteção a direito ameaçado ou lesado, por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de autoridade, de certa forma, deu-lhe um caráter bastante restritivo. Quanto ao procedimento, adotou o procedimento do *habeas corpus*.

No plano infraconstitucional foi regulamentado pela Lei n. 191, de 1936. Mas, com o golpe de Estado, não foi contemplado pela Constituição de 1937, ficando restrito, portanto, ao plano infraconstitucional. Mesmo no plano infraconstitucional sofreu restrições, pois o Decreto n. 06/37, vedou o mandado de segurança contra atos do Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Na seqüência, ainda a nível infraconstitucional, o mandado de segurança também foi contemplado pelo Código de Processo Civil de 1939, mantendo-se os mesmos princípios, mas impondo-se-lhe um caráter ainda mais limitativo, à medida em que restou vedado o seu uso em se tratando de impostos e taxas.

A Constituição de 1946 restabeleceu o mandado de segurança como garantia constitucional no art. 141, § 24, *verbis*:

³⁸⁴ João Mangabeira sugeriu à Comissão elaboradora do Anteprojeto Constitucional a criação de um processo sumário, para proteção de direito incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo [...] o juiz expediria um 'mandado de segurança' (provisório), proibindo à Administração a prática do ato ou determinando o restabelecimento da situação anterior. Apresentadas várias emendas por Themístocles Cavalcanti, Carlos Maximiliano e outros, foi aprovada a criação do mandado de segurança (BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 32).

Para proteger direito líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, conceder-se-á mandado de segurança, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

O texto constitucional de 1946, não só restabeleceu o mandado de segurança, a nível de garantia constitucional, como também dispensou-lhe tratamento mais adequado, à medida em que substituiu as locuções restritivas “direito certo e incontestável” por “direito líquido e certo” e “ato manifestamente inconstitucional e ilegal” por “ilegalidade ou abuso de poder.”

A Lei 1533/51 regulamentou totalmente a matéria, no plano infraconstitucional, e revogou as disposições constantes no Código de Processo Civil. Outras leis disciplinaram alguns aspectos do mandado de segurança, sendo consideradas mais importantes, a Lei n. 4.348/64 (estabeleceu prazo para informações, prazo para duração da liminar, proibição de concessão de liminares em certos casos, etc) e a Lei n. 5.021/66 (dispôs sobre o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público civil).

A Constituição Federal de 1967 o manteve como garantia constitucional, no art. 150, § 21, *verbis*:

Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito individual líquido e certo não amparado por *habeas corpus*, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Veja-se que o texto constitucional incluiu a expressão “direito individual,” a qual foi suprimida pela Emenda Constitucional n. 01/69, restabelecendo, assim, os termos genéricos de antes.

A Constituição Federal de 1988, além do mandado de segurança individual, como inovação, criou o mandado de segurança coletivo, respectivamente nos incisos LXIX e LXX, do art. 5º.

4. Mandado de segurança: o problema da construção de sua doutrina à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico

Na medida em que se propõe estabelecer alguns elementos para o delineamento do perfil do mandado de segurança, à luz dos pressupostos do processo civil contemporâneo, torna-se necessária a revisitação do perfil do mandado de segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico. Essa revisitação é facilitada mediante a utilização das duas chaves mestras consistentes nos eixos metodológicos do processo civil contemporâneo: a) a distinção entre ilícito e dano; e, b) a distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo. Para tanto, é necessária uma breve revisitação do problema da construção da doutrina do mandado de segurança.

4.1 O mandado de segurança como um modo particular de rompimento com a *ordinariedade*

Um dos aspectos mais importantes para a compreensão da construção da doutrina do mandado de segurança consiste na sua compreensão como modo particular de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial com o paradigma da *ordinariedade*. Esse rompimento era necessário na medida em que o processo civil clássico era inadequado para a tutela de determinados direitos, o que impunha a construção de modos de tutelas adequadas, ou seja, em última análise, a construção de modos de tutelas diferenciadas.

No entanto, por se tratar de um modo particular de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial com o paradigma da *ordinariedade*, o problema fundamental da construção de uma tutela diferenciada consistia na delimitação do critério para a eleição dos direitos que seriam tutelados de forma diferenciada. Nesse aspecto, constata-se que a doutrina do mandado de segurança se manteve coerente com os valores do ideal liberal, os quais serviram de parâmetro para a eleição dos direitos que deveriam ser tutelados diferentemente.

Em primeiro lugar, a matriz patrimonialista do ideal liberal permitia eleger a propriedade e a posse como valores referenciais que justificavam uma tutela diferenciada. Tanto a propriedade quanto a posse já recebiam tratamento diferenciado no substrato de onde foram buscadas as formas de tutelas processuais: o direito romano. Isso justifica os modelos de tutelas diferenciadas representadas pelo interdito proibitório e a reintegração de posse. A isso, somava-se o caráter de inviolabilidade da propriedade, o que reforçava a necessidade de tutela adequada contra a violação desses direitos.

Em segundo lugar, um outro fundamento do ideal liberal - a liberdade do homem, exigia uma forma de tutela diferenciada dos particulares diante do Estado. É nesse viés da liberdade, como limite para a atuação do Estado, que florescia a necessidade de uma tutela diferenciada. Essa necessidade aumentava na medida em que os atos do Estado eram revestidos da presunção de legitimidade e de auto-executoriedade, ambos expressão de um princípio caro à legitimidade do exercício do poder: o princípio da supremacia do interesse público. Essas circunstâncias, próprias do Direito Público, implicavam numa situação de desigualdade entre o particular e o Estado, a exigir um tratamento que pudesse restabelecer um mínimo de igualdade. Esse mínimo de igualdade seria representado pela possibilidade de paralisação do efeito decorrente da presunção de legitimidade e da auto-executoriedade dos atos do Estado, como uma espécie de compensação.³⁸⁵ O ponto nodal da questão, então, consistiria na inaceitável violação dos direitos por atos estatais, eis aí, um dos aspectos fundamentais da tutela de segurança, qual seja, a declaração de inviolabilidade dos direitos por atos estatais.

³⁸⁵ Cândido Rangel Dinamarco rememora, ainda hoje, essa característica e lhe dá um tom de atualidade (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. 1, p. 33).

O trato excepcional, dispensado a esses direitos invioláveis, parecia justificar o afastamento da matriz igualitária, quando, na realidade, esse tratamento justificava a manutenção da *ordinariedade* para a maioria absoluta dos direitos, os quais não encontravam nela (*ordinariedade*) eco de efetividade. Vale dizer: o modo de tutela jurisdicional adequado contra a violação dos direitos por atos estatais (declarados invioláveis), em caráter diferenciado, mantinha à sombra da inefetividade os demais direitos, os quais, embora também invioláveis, eram remetidos para a via ordinária, o que equivale a dizer que eram expropriados e transformados em direitos a simples equivalentes pecuniários, como um pífio consolo ao lesado.

Por outro lado, embora inaceitável a violação dos direitos por atos estatais, o rompimento com os pressupostos do processo civil clássico, e, em especial com a *ordinariedade*, mediante a construção de uma tutela diferenciada contra essa violação, ainda necessitava de justificativa diante da matriz patrimonialista de que se revestia o ideal liberal. Isso porque, se todos os direitos pudessem ser realizados pelo equivalente em pecúnia, não haveria razão para uma tutela diferente da tutela ordinária construída sob a matriz patrimonialista. Por essa razão, a questão de uma tutela rompida com a *ordinariedade* passou a ser tratada sob a égide da necessidade de se evitar a lesão, ou seja, uma tutela voltada contra o ilícito. O mandado de segurança, enquanto tutela voltada contra o ilícito, não foi criado somente para a tutela de direitos de conteúdo não-patrimonial e mesmo direitos patrimoniais que não eram tutelados adequadamente pelo equivalente em pecúnia. Pelo contrário, o mandado de segurança, mantinha-se fiel à matriz liberal, servindo para a tutela de direitos patrimoniais, na forma “*in natura*”. Assim, sob esse aspecto, o mandado de segurança, como meio de tutela contra o ilícito, ressentia-se da matriz liberal do processo civil clássico, mas, enquanto tutela genérica contra o ilícito praticado por autoridade no exercício de sua função, descola-se da perspectiva patrimonialista, já que não importava, a rigor, a natureza do direito para a tutela mediante mandado de segurança. Isso implicava um grau de generalidade ao mandado de segurança que o tornava um meio adequado para a tutela dos direitos patrimoniais e dos direitos não-patrimoniais, desde que fosse na modalidade de tutela “*in natura*”.

A criação de uma tutela voltada contra o ilícito, com o grau de generalidade alcançado pelo mandado de segurança, na envergadura por ele assumida, haveria de conduzir ao desenvolvimento de uma construção dogmática que estabelecesse a distinção entre ilícito e dano, a qual serviria de modelo para as demais formas de direitos invioláveis. No entanto, o caráter amplo de tutela voltado contra o ilícito, centrado no aspecto de seu “autor” (autoridade pública no exercício de suas funções), encobria a necessidade de um aprofundamento sobre o problema da distinção entre ilícito e dano, porque, a rigor, isso somente interessaria ao Direito Público, e, ainda, para fins de delimitação do cabimento do mandado de segurança. E mais: o problema do ilícito era examinado pelo aspecto de sua prova (documental) e não pelo seu aspecto conceitual. Por essa razão, a doutrina do mandado de segurança, embora tratasse de uma tutela de segurança voltada contra o ilícito, não era capaz de avançar no sentido do desenvolvimento de uma construção doutrinária de tutelas voltadas contra o ilícito, exclusivamente, e, em especial, de uma construção doutrinária da tutela de segurança satisfativa, já que o mandado de segurança passou a assumir um aspecto paradigmático.

4.2 A necessidade de construção da doutrina do mandado de segurança à luz dos pressupostos do processo civil clássico

Por se tratar de um modo de rompimento com os pressupostos do processo civil clássico, a experiência doutrinária e jurisprudencial, no uso inicial do mandado de segurança, demonstrou um trato casuístico, caracterizado pelo seu emprego quase que generalizado, o qual, segundo Victor Nunes Leal, acabava por transformá-lo em uma “panacéia judiciária, capaz de curar todos os males”.³⁸⁶ E essa utilização do mandado de segurança não estava de acordo com o pensamento jurídico dominante, o qual enxergava um “uso indiscriminado” que acabava “subvertendo as regras mais solidamente estabelecidas no nosso direito processual”.³⁸⁷ Para evitar esse uso

³⁸⁶ LEAL. Víctor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 441.

³⁸⁷ LEAL. Víctor Nunes. *Problemas de direito público*, p. 441.

indiscriminado e a subversão das regras mais sólidas do direito processual civil, Víctor Nunes Leal³⁸⁸ advertia para a necessidade de “construção de uma doutrina do mandado de segurança”. Uma proposta de “construção de uma doutrina do mandado de segurança”, num contexto em que o mesmo era considerado uma grave subversão das regras mais sólidas do direito processual, reclamava um modelo limitado de tutela jurisdicional mediante mandado de segurança. Por isso, a necessidade de se estabelecer os limites de cobertura desse novo instrumento. Não há dúvida de que aquele momento histórico não permitia uma correta compreensão da característica do mandado de segurança como modelo de rompimento com a ordinariedade, porque, a rigor, havia o expresso temor do caráter potencializado desse modo de tutela dos direitos. E isso atuaria como causa de muitas controvérsias.³⁸⁹

³⁸⁸ LEAL. Víctor Nunes. *Problemas de direito público*, p. 441.

³⁸⁹ Como já assinalamos, do mesmo modo que houve o abuso do mandado de segurança, do qual se pretendeu fazer uma panacéia, há uma certa tendência, atualmente, de generalizar o uso da ação civil pública, sem que se atenda à sua verdadeira finalidade. No mandado de segurança, aos poucos, a lei, a jurisprudência e a doutrina foram firmando parâmetros para impedir o seu abuso, ou seja, a sua utilização como substituto de todas as demais ações, como modo de cobrança ou de restituição e como forma de modificar decisão judicial (a não ser nos casos de aberrações jurídicas ou para o fim de concessão de efeito suspensivo a recursos, em situações especiais), conforme se verifica pelas várias súmulas do Supremo Tribunal Federal que trataram da matéria (Súmulas de nº 5, 101, 266, 268, 269, 271, 304, 429, 474 e 511). Uma condenável legislação recente de duvidosa constitucionalidade esta até ameaçando a integridade do instituto, chegando ao extremo oposto. Pode-se afirmar que a tendência de generalizar o uso do mandado de segurança fez com que perdesse a sua densidade e eficiência, ocorrendo, em certo sentido, uma aplicação da Lei de Lavoisier no campo jurídico. Efetivamente, a maior generalização no uso do remédio enseja a sua menor eficiência.

Ficou, assim, ameaçado o instituto de se transformar numa verdadeira ação ordinária, em todos os sentidos. Na realidade, com a sobrecarga de processos, o mandado de segurança acabou só podendo ter efeitos imediatos, ou em tempo hábil, em virtude da concessão da medida liminar, pois, para o julgamento do mérito do pedido, a demora tomou-se, evidentemente, excessiva. Cabe salientar, finalmente, que a defesa do mandado de segurança, que estamos fazendo há cerca de quarenta anos, quando publicamos o nosso primeiro livro a respeito, e tanto da ação popular como de ação civil pública, é no sentido de prestigiá-las, sem deturpá-las. (Vide: WALD, Arnoldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966).

4.3 O aspecto paradigmático assumido pelo mandado de segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico – uma “via estreita”

No contexto de prevalência do processo civil clássico, com seu modelo universal de tutela voltada contra o dano, na modalidade de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, sob a égide da *ordinariedade*, o mandado de segurança, enquanto modo de tutela voltada contra o ilícito, representou uma importante quebra desse paradigma da *ordinariedade*, e, por isso, exigia uma construção doutrinária. Isso permite compreender um aspecto relevante para a compreensão da construção da doutrina do mandado de segurança: enquanto um modo particular de rompimento com o paradigma da *ordinariedade*, a construção doutrinária do mandado de segurança era premida pela tensão entre a inadequação dos pressupostos do processo civil clássico e a sua inadequação para a tutela de segurança satisfativa. Por essa razão, o esforço de construção doutrinária do mandado de segurança implicava na necessidade de inversão de sinais próprios do processo civil clássico, o que contribuiu para transformá-lo num paradigma em si. Isso torna necessária a análise de alguns de seus aspectos essenciais paradigmáticos, pertinentes ao âmbito de investigação delimitada neste trabalho, para os fins de contribuição para a construção de sua doutrina, à luz da dogmática do processo civil contemporâneo. Logo, deve ser examinado o desenvolvimento da construção da doutrina do mandado de segurança a partir dos elementos que justificaram a quebra do paradigma da *ordinariedade* e do aspecto paradigmático assumido pelo mandado de segurança, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico.

4.4 O aspecto de complementariedade do mandado de segurança

O mandado de segurança, nos termos em que foi positivado pela Lei 1.533/51, bem como, ainda, à luz da experiência jurídica, é um modo de tutela jurisdicional que rompeu com o paradigma da *ordinariedade*, e que, de fato, consistiu numa grave subversão às regras mais solidamente então estabelecidas pelo direito processual.

O primeiro elemento, sob o qual se desenvolveu a construção da doutrina do mandado de segurança e que justificou a quebra desse paradigma, consiste no aspecto de complementariedade de que o mesmo se reveste. A doutrina, com o intuito de delimitar o campo próprio do mandado de segurança, procura realçar o sentido de *complementariedade* que lhe é imputado, atribuindo-lhe uma *função de cobertura das falhas existentes no sistema criado pelo legislador ordinário*.³⁹⁰ O argumento, exposto originariamente por Calmon de passos,³⁹¹ repousava no fato da inadequação da tutela jurisdicional, comum ou ordinária, “de impedir a ameaça, ou reparar de pronto, a violação a direito líquido e certo por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública”.

Neste sentido, o mandado de segurança apresenta-se como tutela diferenciada, adequada para a proteção do direito líquido e certo, violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade pública. A adequação desse modo de tutela revela-se tanto pela natureza da cognição, pela sumariedade formal (procedimento célere), quanto pelo modo de atuação do provimento jurisdicional.³⁹² Exatamente o modo de atuação do provimento jurisdicional no mandado de segurança permitiria a tutela específica, *in natura*, cujo modo de amparo ao direito “não se dá pela forma indireta do equivalente monetário, e sim pela remoção do obstáculo para o perfeito restabelecimento do direito lesado ou ameaçado.”³⁹³

³⁹⁰ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 105.

³⁹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Do mandado de segurança contra atos judiciais. Inst. Bras. de Dir. Proc. da Guanabara. *Estudos sobre o mandado de segurança*. p. 107.

³⁹² Segundo Kazuo Watanabe: “após realçar as características específicas da adequação do mandado de segurança, normalmente gizadas pela doutrina, afirma: “Mas, a característica maior está no modo de atuação do provimento que se obtém através do *writ*, que possibilita a execução específica, a prestação *in natura*, de modo a ensejar a reposição das coisas no estado anterior” (*Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*, p. 102).

³⁹³ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional*, p. 103; BUZAID, Alfredo. Op. cit. p. 218; PARÁ FILHO. *A proteção jurisdicional dos direitos interindividuais*. Dir. Proc. Civil, São Paulo, v. 5, p. 217-252.

Uma consequência do sentido de *complementariedade*, que é imputado ao mandado de segurança, consiste na concepção generalizada de que, se a ilegalidade puder ser coibida, através dos meios processuais ordinários, a estes deve recorrer o prejudicado antes de ingressar na via estreita do mandado de segurança. Sálvio de Figueiredo Teixeira acolhe expressamente esta idéia e ainda explicita-a: “não se pode aviar o mandado de segurança se há ação hábil à disposição.” Sálvio Teixeira chega mesmo a afirmar que: “Em outras palavras, tomando por empréstimo a lição de Celso Barbi, enquanto nos acasos de outra natureza o interesse de agir se caracteriza pela “necessidade de proteção jurisdicional”, no mandado de segurança a exigência é de “necessidade de acesso pela via específica do mandado de segurança.”³⁹⁴

Os escólios acima mencionados tinham por fundamento a incapacidade da tutela comum de prevenir a ameaça de lesão ou reparar de pronto o direito lesado. Essa incapacidade decorria do fato de que o processo civil clássico não estava aparelhado de instrumentos adequados.

4.5 O mandado de segurança como tutela “in natura” voltada contra o ilícito

Um outro aspecto paradigmático do mandado de segurança, a partir dos elementos que justificaram a quebra do paradigma da *ordinariedade*, consiste no aspecto do mandado de segurança como modo de tutela voltado contra o ilícito. E o mandado de segurança, como modo de tutela voltado contra o ilícito, somente se justificaria no caso de necessidade de tutela “in natura”. No entanto, ao justificar a necessidade de uma tutela de segurança satisfativa voltada contra o ilícito, constata-se que a referência ao modelo de tutela do direito “in natura” acaba por delinear um campo de cobertura muito restrito ao mandado de segurança. É que, a rigor, a tutela do direito “in natura” é uma espécie de tutela específica. Por isso, quando a doutrina se refere ao mandado de segurança, como espécie de tutela específica, está a dizer

³⁹⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: uma visão de conjunto. In: *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 109.

muito mais do que realmente havia sido estabelecido para o mandado de segurança. Isso porque, a tutela “in natura” é uma espécie de tutela específica, a qual comporta um cabimento mesmo no caso de tutela contra o dano, no caso em que se admite a tutela ressarcitória na forma específica. Porém, a construção dogmática do mandado de segurança não admitia, em seu campo de cobertura, qualquer modo de tutela voltado contra o dano, em especial da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia.

Um dos primeiros aspectos dos limites de cobertura do mandado de segurança era encontrado em suas raízes históricas, especialmente aquelas consistentes na teoria civil do “habeas corpus”. Um segundo aspecto, já num corte epistemológico, encontra-se nos textos dos artigos 7º, inciso II e 15, ambos da Lei 1.533/51. O art. 7º, inc. II da Lei 1.533/51 dispõe que: “Ao despachar a inicial o juiz ordenará que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.” Já o art. 15 da Lei 1.533/51 estabelece que: “A decisão do mandado de segurança não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais”. Esse dispositivo tem a função de confirmar o mandado de segurança como tutela voltada contra o ilícito, procurando excluir, do seu campo de cobertura, a tutela dos efeitos patrimoniais decorrentes do ilícito. Isso porque, como é óbvio, do ilícito poderá decorrer efeitos patrimoniais. Estes, no entanto, não poderiam ser tutelados mediante o mandado de segurança e deveriam ser pleiteados por “ação própria”. Eis, pois, o quadro em que atuou o Supremo Tribunal Federal, sob a liderança de Victor Nunes Leal, então Ministro naquela Suprema Corte.

A interpretação conjugada desses dois dispositivos, à luz do aspecto da raiz histórica do mandado de segurança, levou o Supremo Tribunal Federal a editar a Súmula 269, em deliberação ocorrida em 16/12/1963, com o seguinte teor: “O

mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.”³⁹⁵ Após, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 271, com o seguinte teor: “Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

No exame dos precedentes da Súmula 271, encontra-se a orientação adequada para a compreensão do seu teor. Assim, no julgamento do RE 48567, ocorrido em 15/05/1962, tendo como rel. o Min. Victor Nunes, a Segunda Turma firmou orientação no sentido de que: “Mandado de segurança. Meio judicial inidôneo para obtenção da ordem de pagamento. Não se pode obter, pelo mandado de segurança, diretamente, uma ordem de pagamento”.³⁹⁶

Em 12/03/1963, a mesma turma, com o mesmo rel. Min. Victor Nunes, no julgamento do Agravo de Instrumento 26.672, reafirmava seu entendimento no sentido de que: “O mandado de segurança não substitui ação de cobrança de vencimentos atrasados”.³⁹⁷

Em 27.05.63, o Supremo Tribunal Federal-Pleno, no julgamento do RMS 6747, tendo como relator o Min, Victor Nunes, reafirmou a compreensão de que “da concessão do mandado de segurança não resultem efeitos patrimoniais”.³⁹⁸

Diante da posição radical assumida nos termos das Súmulas 269 e 271, adveio da Lei nº 5.021/66, a qual estabeleceu, em seu artigo 1º, que: “O pagamento de

³⁹⁵ Precedentes: STF, Tribunal Pleno: RMS 10149-DF; RMS 10065-GB; RMS 10629-PB; RMS 6747-GB.

³⁹⁶ RE 48567. Relator Min. Victor Nunes. Julgamento: 15.05.1962. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 15.06.62, p. 1388.

³⁹⁷ AI 26672. Relator Min. Victor Nunes. Julgamento: 12.03.1963. Órgão Julgador: Segunda Turma.

³⁹⁸ RMS 6747. Relator Min. Victor Nunes. Julgamento: 27/05/1963. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 25.07.63, p. 373. Ementa: “a nomeação, para fins funcionais, deve anteceder a efetivação dos interinos, determinada em lei posterior ao concurso, embora da concessão da segurança não resultem diretamente efeitos patrimoniais pretéritos.”

vencimentos e vantagens pecuniárias asseguradas, em sentença concessiva de mandado de segurança, a servidor público federal, da administração direta ou autárquica, e a servidor público estadual e municipal, somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial”. No § 3º do mesmo artigo, consta: “A sentença que implicar em pagamento de atrasados será objeto, nessa parte, de liquidação por cálculo (art. 906 a 908 do Código de Processo Civil), procedendo-se em seguida de acordo com o art. 204 da Constituição Federal”.

4.6 O problema da natureza jurídica do mandado de segurança à luz dos pressupostos do processo civil clássico

O problema da natureza jurídica do mandado de segurança, em seus termos clássicos, restou bem delineado por José Cretella Júnior: “[...] procurar a *natureza jurídica do mandado de segurança* é enquadrá-lo no ramo do direito a que inequivocadamente pertence – o *direito processual* – [...]”. Uma vez compreendido como pertencente ao direito processual, cumpria “[...] apontar-lhe as conotações tipificadoras, de modo a descrevê-lo de modo mais completo possível, no quadro geral das ações, já que a melhor doutrina o situa entre elas [...]”, e, ainda: “[...] a doutrina é pacífica e unânime em classificá-lo como *ação*”.³⁹⁹⁻⁴⁰⁰

Uma vez definida sua “natureza jurídica”, constata-se o mais importante: “Para dizer que o *mandado de segurança* é ação é preciso indagar-se como os processualistas entendem esse vocábulo”. Nesses termos, a compreensão do mandado de segurança como uma ação, em sentido processual, permitia até concluir: “Mera questão acadêmica, pois, o problema de indagar da *natureza*

³⁹⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p. 24.

⁴⁰⁰ No mesmo sentido: LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 411.

jurídica do mandado de segurança.”⁴⁰¹ Isso porque, a rigor, Cretella Júnior situava o problema da natureza jurídica do mandado de segurança em outros termos, a exemplo de Celso Agrícola Barbi: “Divergem, no entanto, os autores quando, saindo do gênero, tentam descer à espécie em que encaixaria de modo exato o mandado de segurança.”⁴⁰² Eis, pois, o ponto nodal da questão da “natureza jurídica da ação de mandado de segurança”: a qual das espécies de ação pertenceria.

Por outro lado, premidos pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, assumidos expressamente pelo Código de Processo Civil de 1973, apressavam-se na discussão sobre o problema da situação da referida ação em um dos processos: de conhecimento, de execução ou cautelar. Assim, para uns, a natureza jurídica do mandado de segurança amoldava-se à execução; para outros, ao processo de conhecimento, e, ainda, para outros, em razão de suas peculiaridades (a ordem, em especial), era ação de conhecimento, porém, *sui generis*. O problema, assim delineado, amoldava-se a um momento histórico do direito positivo brasileiro, condicionado pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, compreendido corretamente por Ovídio Baptista da Silva, em que prevalecia do binômio cognição-execução, ou seja: “dentro de um esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções apresentem-se misturadas, separando radicalmente o *conhecimento* e a *execução*.”⁴⁰³ E o próprio Ovídio Baptista da Silva, com a sua peculiar sensibilidade indagava: “como manter a coerência de qualquer classificação quando se busca catalogar ações e sentenças que contenham *misturadas* as duas funções em que a jurisdição se divide – a cognição e a execução – dentro de um esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções apresentem-se misturadas, separando radicalmente o *conhecimento* e a *execução*?”⁴⁰⁴ Por essa razão, constatava-se as mais diversas assertivas sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, o que implicava nas divergências, no

⁴⁰¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p. 31.

⁴⁰² CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*, p. 32.

⁴⁰³ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23.

⁴⁰⁴ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23.

plano doutrinário.

No âmbito da classificação das ações⁴⁰⁵ duas correntes disputavam a primazia:⁴⁰⁶ a primeira, dita clássica trinária ou “chiovendiana” (elaborada por Chiovenda), a qual postulava a classificação das ações em número de três: ação declaratória, constitutiva e condenatória; a segunda, dita quinária, quántupla, ou do “quinze constante” (elaborada por Pontes de Miranda), postulava a classificação das ações em número de cinco: ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória, ação mandamental e ação executiva *lato sensu*.⁴⁰⁷ O ponto nodal da divergência dessas classificações estava em que, para os trinários, o mandado de segurança era uma ação que pertencia ao processo de conhecimento, o qual comportava os três tipos de ação mencionadas. Para os quinários, para fins de classificação das ações, não importava o binômio cognição-execução, ao mesmo tempo que admitiam uma classe de sentença mandamental autônoma, razão pela qual postulava a classificação das ações em número de cinco: ação declaratória, ação constitutiva, ação condenatória, ação mandamental e ação executiva *lato sensu*.⁴⁰⁸ E o mandado de segurança era o exemplo típico, embora não exclusivo, da classe de ação mandamental autônoma.

Assim, o problema da natureza jurídica do mandado de segurança, a partir de

⁴⁰⁵ Conforme enfatiza Ovídio Baptista da Silva, durante muito tempo a “ação” foi objeto de estudo por parte dos processualistas. Muitos conceitos, teorias e classificações foram elaborados pelos doutrinadores. Cada conceito, teoria e classificação prende-se a um aspecto da realidade. Mais recentemente, chegou-se à conclusão de que a temática da “ação” não tinha tanta importância quanto se acreditava inicialmente. Porém, seu estudo e compreensão, nos limites ora propostos, são necessários para o esclarecimento de certas posições adotadas pela doutrina, quer sob o aspecto ideológico quer sob o aspecto pragmático.

⁴⁰⁶ Para fins do presente trabalho, o exame do problema dessas classificações ficará restrito à classificação clássica trinária, e à classificação quinária, a qual, por sua vez, também será qualificada de clássica, embora o “termo clássico”, na segunda hipótese, será empregado com o sentido de contraposição à situação contemporânea do processo civil, na medida em que este se contrapõe ao processo civil clássico.

⁴⁰⁷ Ao lado dessas duas correntes, uma variação da classificação quinária postula o reconhecimento de uma sexta classe de ações, reservando-a para as ações determinativas, para as quais postula o reconhecimento de sua autonomia em relação à ação constitutiva.

⁴⁰⁸ Ao lado dessas duas correntes, uma variação da classificação quinária postula o reconhecimento de uma sexta classe de ações, reservando-a para as ações determinativas, para as quais postula o

sua natureza de ação, pode ser focado tanto pelo prisma dos trinários, bem como dos quinários. Essa revisitação, entretanto, se atém aos aspectos essenciais ao objetivo desse trabalho, já que não visa todo o problema da classificação das ações ou sentenças. Por essa razão, deve-se considerar os termos em que restou delineada essa controvérsia, em especial quanto ao problema da construção da doutrina do mandado de segurança.

Para tanto, mantenha-se na retentiva os principais fatores, que, em apertada e incompleta síntese, justificavam a postura trinária:

a) uma lógica inflexível quanto à espécies de sentenças, assentado no escólio de Liebman,⁴⁰⁹ no sentido de que: “indiferente é a natureza do direito do autor à coisa e da ação proposta inicialmente para conseguir a sentença: quer se trate de ação real ou pessoal, de ação petítória ou possessória; para o processo de execução só importa a existência de condenação a entregar o bem”.

b) a classificação trinária estava assentada no pressuposto teórico do processo civil clássico consistente no princípio *da nulla executio sine titulo* e seu corolário o princípio do *nullo titulo sine lege*;

c) a classificação trinária estava assentada no pressuposto teórico do processo civil clássico consistente no binômio “cognição-execução”;

d) a classificação trinária estava assentada no pressuposto teórico do processo civil clássico consistente no princípio da incoercibilidade da vontade humana, razão pela qual Liebman afirmava que não era papel do juiz dar “ordem”.

e) a sentença condenatória correspondia ao momento da norma sancionatória correspondente à “medida de aplicação da sanção”;

reconhecimento de sua autonomia em relação à ação constitutiva.

⁴⁰⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, p. 328.

f) a sanção, aplicada pela sentença condenatória, consistia na abertura da via executiva, através da atividade jurisdicional, ou, noutras palavras, tornava adequada a via executiva, na medida em que aplicava a sanção;

g) o acesso à via executiva somente era obtido mediante a aplicação da sanção, a qual não consistia exclusividade da atividade jurisdicional, na medida em que o legislador poderia colher qualquer fato, agregando-se-lhe a eficácia executiva.

No entanto, o modo pelo qual restava disciplinado o mandado de segurança, quer por sua origem, quer pelos termos constantes em seu berço constitucional, permitia concluir pela introdução do elemento “ordem” no campo da tutela jurisdicional, até mesmo pelo sentido da locução “mandado de segurança”. E mais: não havia necessidade de instauração de processo de execução, já que, se execução houvesse, o modo simples de expedição do mandado exauria essa função executiva.

Assim, diante desses dois fatos postos pelo ordenamento jurídico, a doutrina haveria de posicionar-se quanto à natureza jurídica dos mesmos, pois ambos fugiam à lógica da imposição da sanção mediante a condenação, e à lógica do binômio condenação-execução.

Porém, o que importa revisitar, na seara da doutrina trinária, é como os trinários se relacionavam com o elemento “ordem” e como eles relacionavam-no na perspectiva trinária. E a doutrina trinária não o negava, mas, apenas, procuravam compreendê-lo em termos de “momentos da sentença”. Porém, não negar o elemento ordem, no âmbito da tutela jurisdicional, não representava uma quebra da ordinariedade, porque, a rigor, essa quebra ocorria mediante uma tutela diferenciada, ou seja, a ordem era dirigida às autoridades violadoras dos direitos líquidos e certos, mantendo-se inviolável a esfera particular, o que identifica a

matriz ideológica dessa opção legislativa.⁴¹⁰

É importante ressaltar que a introdução do problema da “ordem”, no âmbito da tutela jurisdicional, se inseria no campo das obrigações ou deveres que tinha por objeto uma prestação positiva ou negativa. Assim, a coerência na perspectiva da classificação das ações fundadas em pretensões de obrigação que tem por objeto a prestação, implicava na localização do problema da ordem no campo da sentença condenatória, já que esta é a que seria adequada para a tutela dos direitos à prestação. Por essa razão, havia mesmo dificuldade em delinear com clareza o problema da ordem, quando a tutela implicasse numa sentença declaratória ou numa sentença constitutiva. Por isso é que, no exame da perspectiva trinária, pouca ou nenhuma investigação mais profunda ocorria em relação ao problema da mandamentalidade nas ações declaratórias ou constitutivas.

Assim, para os trinários, a ordem, enquanto imposição de uma prestação de fazer ou não fazer, ficaria restrita ao âmbito da sentença condenatória, o gênero que comportava todas as tutelas que tivessem por objeto uma prestação. Por essa razão, os trinários, embora admitissem o problema da ordem, no âmbito da tutela jurisdicional, admitiam-no enquanto um momento da sentença condenatória, o que implicava na desnecessidade de admissão de uma tutela mandamental autônoma.

No entanto, um outro fator atuava de maneira incisiva nesse quadro de controvérsia: no mandado de segurança, na medida em que variava a *ação de direito material*, variava, também, a sua natureza, o que implicava reconhecer no mandado de segurança “um grupo de demandas heterogêneas”, conforme advertia Ovídio Baptista da Silva:

⁴¹⁰ Cfme. observa Ovídio Baptista da Silva: “O pressuposto ideológico que sustenta o princípio de que o processo civil deve ser entendido como um instrumento de defesa da liberdade individual e dos direitos subjetivos (contra o Estado), cuja origem deve ser buscada nas filosofias políticas do século XVII e nos enciclopedistas franceses, e que marca o acentuado cunho *dispositivo* de nossas instituições processuais, revela-se de modo particularmente ostensivo em nosso principal instrumento jurisdicional mandamental, que é a ação de mandado de segurança” (*Curso de processo civil*. v. 2, p. 349).

[...] o mandado de segurança, tal como nós o praticamos hoje, constitui um grupo de demandas nem sempre homogêneas, e não, como se poderia supor, apenas uma ação especial. O fenômeno é comum, e até poderia dizer natural, em processo civil. Dá-se o mesmo com a ação de despejo, dentro de cujo grupo ocorrem diversidades importantes, que as tornam às vezes a tal ponto diferentes umas das outras que o peso de suas eficácias se torna diverso.⁴¹¹

Essa heterogeneidade do mandado de segurança, perceptível à luz da variação da *ação de direito material* nele postulada, e, ainda, a pluralidade de eficácias de um provimento jurisdicional, não tornava, de todo, inadequada a formulação da proposição doutrinária trinária no sentido de que o mandado de segurança “ora pode ter natureza constitutiva, ora declaratória, ora condenatória”, com a ressalva de que, em relação à condenatória, a mesma acabaria por compreender, também, o elemento eficaz consistente na ordem.

Ao admitir o elemento “ordem”, no âmbito da tutela jurisdicional, sem, no entanto, admitir uma categoria mandamental autônoma, os trinários acabavam por instigar uma questão extremamente importante, relativa à natureza da sentença condenatória, quer quanto aos seus elementos, conteúdo, estrutura, efeitos, etc. No exame dessa perspectiva, para fins de análise da construção da doutrina do mandado de segurança, tanto a técnica declaratória quanto a técnica constitutiva eram deixadas de lado, já que, a rigor, o problema maior, em relação à perspectiva trinária, ocorria com a ação condenatória.

Já para os quinários, a introdução do elemento “ordem”, no âmbito da tutela jurisdicional, era já consequência do caráter de rompimento particular do mandado de segurança com os pressupostos teóricos do processo civil clássico. Assim, na perspectiva quinária, a mandamentalidade, em especial do mandado de segurança, era justificada em razão da superação dos pressupostos teóricos que implicavam a negação de sua formulação: a) a superação do princípio *da nulla executio sine titulo*

⁴¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 352.

e o temperamento do princípio do *nullo titulo sine lege*; b) a superação do binômio “cognição-execução”; c) a superação do princípio da incoercibilidade da vontade humana.

E mais: não resta dúvida de que a construção da técnica mandamental, a exemplo da executiva *lato sensu*, no âmbito da perspectiva quinária, ocorria com o sacrifício do campo de cobertura da sentença condenatória. Tanto que, para os quinários, não bastava compreender a introdução do elemento ordem, no âmbito da tutela jurisdicional, como um elemento que se revestisse da natureza de espécie de uma das sentenças da classificação trinária. Para os quinários, a introdução do elemento ordem, representava um fator de superação dos pressupostos teóricos aos quais estavam atrelados os trinários em relação à sentença condenatória. Ou seja, o elemento ordem, fora dos pressupostos teóricos da formulação condenatória, deveria ser tratado como uma eficácia sentencial autônoma, preponderante em relação às demais.

Porém, não deixa de ser importante reexaminar o fator que permitia o isolamento do campo de cobertura da sentença mandamental, especialmente em relação ao mandado de segurança. Em primeiro lugar, para a doutrina que preferia ver a solução da questão da natureza do mandado de segurança na adoção da classificação quinária das ações, deveria demonstrar o fundamento dessa ação mandamental. O problema da mandamentalidade resolver-se-ia como “eficácia preponderante da ação”, pois, conforme afirma Ovídio Baptista da Silva: “O que é decisivo para que exista uma ação mandamental é que a respectiva sentença de procedência contenha um *mandado*, como sua eficácia preponderante”.⁴¹² A identificação da *eficácia preponderante* “se há de fazer tendo em vista o objeto principal do pedido”.

E, ainda, segundo Ovídio Baptista da Silva:

⁴¹² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 355.

O que se quer, o objeto principal do pedido, é, justamente, a obtenção desse *mandado*. Pode haver mandados pós-sentenciais, em demandas que não sejam, *preponderantemente*, mandamentais, como aconteceria com a ação declaratória de falsidade documental, cuja sentença, além de declarar o falso, decretasse (ordenasse) sua destruição. Nesse caso, a eficácia mandamental de menor intensidade não seria suficiente para retirar da demanda seu caráter de ação declaratória.⁴¹³

A validade do critério de classificação das ações, com base na eficácia preponderante das sentenças de procedência implicava, necessariamente, na admissão da co-existência de múltiplas e significativas eficácias sentenciais, dentre as quais haveria a preponderância de uma delas. As demais eficácias, menores em relação às preponderantes, não seriam menos significativas. Mas isso não era suficiente para resolver o problema do isolamento do campo de cobertura da sentença mandamental. E esse era o ponto central da teoria da ação mandamental: delinear o campo de incidência das ações mandamentais.

Ovídio Baptista reconheceu expressamente a dificuldade dessa empreitada, atribuindo-a ao fato de que ‘no estágio atual do direito brasileiro, não existe um parâmetro seguro que nos possa indicar os limites possíveis para as ações mandamentais’.⁴¹⁴ No afã de estabelecer um parâmetro seguro para a delimitação do campo de cobertura das ações mandamentais, Ovídio Baptista da Silva buscou socorro na distinção entre “o direito das obrigações” e o direito das “obrigações legais, correspondentes *deveres jurídicos* emergentes de outros domínios do direito que não seja o direito das obrigações”.⁴¹⁵ E, premido pela contingência do ordenamento jurídico positivo, à luz do que então consistia o ‘estágio atual do direito brasileiro’, o mesmo dirigia sua linha de raciocínio no sentido de respeitar os ‘pressupostos doutrinários que informam o sistema jurídico brasileiro’, razão pela

⁴¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 355.

⁴¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 351.

⁴¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 351-352.

qual impunha-se ‘preservar o campo das obrigações de fazer e não fazer para as ações condenatórias’. Fiel ao binômio condenação-execução forçada, Ovídio Baptista viu-se obrigado a admitir que as obrigações de fazer e não fazer desafiavam uma sentença condenatória, a qual, por sua vez, preparava a “execução que se fará segundo o modelo legal dos arts. 632-645-CPC”. Já as “obrigações legais” ou “deveres jurídicos emergentes de outros domínios do direito que não seja o direito das obrigações”, pertenceriam ao campo de cobertura das ações mandamentais. Assim, para Ovídio Baptista da Silva, nem toda obrigação de fazer ou de não fazer estaria compreendida no campo da ação mandamental, já que esta restaria restrita às “obrigações legais” ou “deveres jurídicos”.

O critério consistente nas “obrigações legais” ou “deveres jurídicos”, vinha a calhar na questão da natureza mandamental do mandado de segurança, na medida em que, nos termos em que já se encontrava positivado, o mesmo tinha cabimento contra o ato ilegal e abusivo de autoridade, o que pressupunha um dever jurídico de obediência à lei e abstenção do abuso no exercício do poder.

5. Breves notas conclusivas

A criação de uma tutela voltada contra o ilícito, na envergadura assumida pelo mandado de segurança, haveria de ter conduzido ao desenvolvimento de uma construção dogmática que estabelecesse a distinção entre ilícito e dano, a qual serviria de modelo para as demais formas de direitos invioláveis. No entanto, o caráter amplo de tutela voltado contra o ilícito, centrado no aspecto de seu autor (autoridade pública no exercício de suas funções), encobria a necessidade de um aprofundamento do problema da distinção entre ilícito e dano, porque, a rigor, isso somente interessaria aos administrativistas, e, ainda, para fins de delimitação do cabimento do mandado de segurança. E mais: o problema do ilícito era examinado pelo aspecto de sua prova (documental) e não pelo seu aspecto conceitual.

Além disso, o mandado de segurança, enquanto tutela voltada contra o ilícito, não foi criado somente para a tutela de direitos de conteúdo não-patrimonial e mesmo direitos patrimoniais que não eram tutelados adequadamente pelo equivalente em pecúnia. Isso porque, o mandado de segurança, como meio de tutela contra o ilícito, ressentia-se da matriz liberal do processo civil clássico, mas, enquanto tutela contra o ilícito descola-se da perspectiva patrimonialista, já que a tutela mediante mandado de segurança não importava, a rigor, a natureza do direito. Apesar disso, a doutrina do mandado de segurança, embora tratasse de uma tutela de segurança voltada contra o ilícito, não era capaz de avançar no sentido do desenvolvimento de uma construção doutrinária de tutelas voltadas contra o ilícito, exclusivamente, e, em especial, de uma construção doutrinária da tutela de segurança satisfativa.

Em todo caso, num contexto de prevalência do processo civil clássico, com seu modelo universal de tutela voltada contra o dano, na modalidade de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia, sob a égide da *ordinariedade*, o mandado de segurança, enquanto modo de tutela voltada contra o ilícito, representou uma importante quebra desse paradigma da *ordinariedade*, e por isso exigia uma construção doutrinária. Porém, a construção da doutrina do mandado de segurança foi desenvolvida a partir do elemento que justificou a quebra do paradigma da *ordinariedade*, ou seja, o mandado de segurança, como modo de tutela voltada contra o ilícito, somente se justificaria no caso de necessidade de tutela "in natura". Por isso, quando a doutrina se refere ao mandado de segurança, como espécie de tutela específica, está a dizer muito mais do que realmente havia sido estabelecido para o mandado de segurança. Isso porque, a tutela "in natura" é uma espécie de tutela específica, a qual comporta um cabimento mesmo no caso de tutela contra o dano, no caso em que se admite a tutela ressarcitória na forma específica. Porém, a construção dogmática do mandado de segurança não admitia, em seu campo de cobertura, qualquer modo de tutela voltada contra o dano, em especial da tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia.

Isso permite um outro aspecto relevante para a compreensão da construção da doutrina do mandado de segurança: enquanto um modo particular de rompimento com o paradigma da ordinariedade, a construção doutrinária do mandado de segurança, premida pela tensão entre a inadequação dos pressupostos do processo civil clássico e a sua inadequação para a tutela de segurança satisfativa, transformou-se num paradigma em si. Isso torna necessária a análise de alguns de seus aspectos essenciais paradigmáticos, pertinentes ao âmbito de investigação delimitada neste trabalho, para os fins de contribuição para a construção da doutrina do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil contemporâneo.

CAPÍTULO IX

O MANDADO DE SEGURANÇA NA PERSPECTIVA DA DOGMÁTICA DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO: CONTRIBUIÇÃO PARA UM DELINEAMENTO DO SEU PERFIL E CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA

1. Considerações gerais

No exame da doutrina do mandado de segurança, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, verificou-se a negligência sobre o ponto fundamental consistente na correta compreensão da tutela de segurança, o que implicava em sua análise sob o prisma restrito do seu aspecto técnico-processual, ou seja, sob o ângulo da tutela jurisdicional em sentido estrito, com ênfase nas técnicas processuais de tutela como meios para a obtenção dos resultados. Essa negligência encontrava uma justificativa plausível consistente na dificuldade imposta pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico para a construção de uma doutrina da tutela de segurança, em especial sob o ângulo visual da tutela jurisdicional em sentido amplo. E, para isso contribuía significativamente o fato de que o rompimento com a ordinariedade ocorria sob a égide das tutelas diferenciadas.

Por outro lado, no exame do problema da construção da doutrina do mandado de segurança, constatou-se o fato da importância da inadequação do processo civil clássico para a tutela de segurança, bem como a necessidade de criação de tutelas diferenciadas, em contraposição à tutela genérica marcada pela ordinariedade. Por essa razão, pode-se concluir que o problema da construção da doutrina do mandado de segurança, à luz da tensão entre os pressupostos do processo civil clássico e a sua inadequação para o atendimento de certas peculiaridades do direito substancial, era apenas reflexo de um problema mais amplo: o problema da construção da doutrina da tutela de segurança, a qual também sempre esteve premida pela tensão entre os pressupostos teóricos do processo civil clássico e sua inadequação para a tutela de

segurança. E, exatamente o fato de a doutrina do mandado de segurança manter-se premida pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, embora existisse uma rica construção teórica sobre o mandado de segurança, não permitiu uma construção da doutrina da tutela de segurança, exatamente porque se manteve atrelada ao aspecto da técnica processual de tutela, ou seja, dos meios processuais para a obtenção da tutela de segurança, ou melhor, o mandado de segurança como “ação especial”. Esse ângulo visual restrito mantinha o problema da construção da doutrina do mandado de segurança sempre com aspecto de atualidade, já que era objeto de investigação constante a fim de fornecer sua ‘definição real’.

Porém, uma ‘definição real’ do mandado de segurança é um problema muito amplo na temática consistente na sua construção doutrinária. Também por essa razão, o objetivo de contribuição nesse processo construtivo da doutrina do mandado de segurança, fica delimitado pela ênfase aos aspectos atuais, à luz da dogmática do processo civil contemporâneo, em busca da delimitação de um perfil para o problema atual da construção dogmática da doutrina do mandado de segurança.

2. O problema atual para a construção doutrinária do mandado de segurança

O processo civil contemporâneo, sob a égide da efetividade norteadas pela aderência às peculiaridades do direito substancial, constitui-se num novo paradigma caracterizado pelo rompimento total com a *ordinariedade*. Esse rompimento ainda mais profundo com a *ordinariedade* implica em um novo impulso no processo de construção da doutrina do mandado de segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. Logo, a tensão que decorria dos pressupostos teóricos do processo civil clássico para a construção da doutrina do mandado de segurança é substituída pela tensão decorrente dos pressupostos do processo civil contemporâneo para a construção da nova dogmática do mandado de segurança e seu delineamento paradigmático. A nova dogmática do processo civil contemporâneo adota uma hermenêutica procedimentalista aberta ao direito

substancial, razão pela qual permite-se compreender os seguintes pressupostos do processo civil contemporâneo: a) sua abertura ao plano do direito substancial; b) o isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano; c) o isolamento da tutela enquanto resultado a ser obtido no plano do direito substancial e da tutela enquanto meios ou técnicas processuais para a obtenção do resultado no plano do direito substancial; d) a atuação do princípio da plenitude e da flexibilização de tutelas e de instrumentos processuais, consubstanciada no princípio da fungibilidade.

2.1 O retorno da temática da tutela dos direitos como consequência da abertura do processo para o direito substancial: a tutela de segurança genérica como paradigma do processo civil contemporâneo

O deslocamento da perspectiva interna (endoprocessual) para a perspectiva externa, mediante a adoção do critério do resultado no plano do direito substancial para a aferição da efetividade do processo implicou a necessidade de fletir o raciocínio para a temática da tutela dos direitos, porque é na seara da tutela dos direitos que se encontram “os reais significados dos resultados do processo no plano do direito substancial”. Essa guinada inescusável não deixou de incorporar todas as conquistas da ciência processual, embora tenha exigido um redimensionamento da perspectiva científica processual, na medida em que o deslocamento do critério de aferição da efetividade do processo, para os resultados a serem obtidos no plano do direito substancial, implicou na necessidade de “nova elaboração dogmática”.

No exame da nova dogmática do processo civil contemporâneo constata-se que o mesmo foi construído a partir da superação geral dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial com a quebra da *ordinariedade* e o enfoque privilegiado da tutela de segurança, representada pelo forte compromisso com a tutela dos direitos na forma específica.

A tutela de segurança, consubstanciada na declaração de inviolabilidade dos direitos e na conservação de sua integridade, seu exercício e gozo na forma específica, assume feição de direito subjetivo público, tanto no caso do dever do Estado de não violar os direitos, quanto no caso do dever-poder do Estado de conservar a integridade do direito e do seu exercício e gozo no caso de violação ou de ameaça de violação. Portanto, enquanto direito ao exercício e gozo do direito declarado, consubstancia-se num direito subjetivo público à segurança, enquanto direito primário do titular, justaposto ao direito primário declarado, de natureza sancionatória. Por essa razão, o direito primário declarado e o direito de segurança ao direito primário declarado, mediante a sua não-violação, assumem feição de direito público, já que o Estado tem o dever de assegurar o exercício dos direitos, não permitindo sua violação. Portanto, em relação ao Estado, o direito subjetivo público à segurança implica em que o mesmo é devedor da prestação de segurança, em relação à todas as suas atividades: normativa, administrativa e jurisdicional. Portanto, a dogmática do processo civil contemporâneo tem como pressuposto uma tutela de segurança genérica, tanto de natureza satisfativa quanto de natureza cautelar, rompendo com o paradigma do processo civil clássico, no qual a tutela de segurança era tratada sob a égide da tutela diferenciada.

Portanto, diante de uma tutela de segurança genérica, enquanto paradigma do processo civil contemporâneo, impõe-se a análise da superação do aspecto paradigmático do mandado de segurança formado à luz dos pressupostos do processo civil clássico, os quais foram totalmente superados pelo processo civil contemporâneo.

3. Reflexões sobre o mandado de segurança à luz da distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo

Na perspectiva da tutela dos direitos impõe-se compreender a superação da classificação das ações como referencial dogmático e a necessidade de definição da tutela jurisdicional a partir de dois critérios: a) o resultado no plano do direito

substancial; e, b) os meios ou técnicas de tutela para a obtenção dos resultados no plano do direito substancial. A compreensão da tutela jurisdicional em sentido estrito, a partir dos resultados preordenados no plano do direito substancial, e da tutela jurisdicional em sentido amplo, a partir das técnicas processuais de tutela, permite uma reflexão sobre o problema da tutela jurisdicional a partir dos dois prismas sob os quais a mesma deve ser examinada.

Considerando-se que o mandado de segurança é um modo de tutela jurisdicional dos direitos, impõe-se seu exame enquanto tutela jurisdicional em sentido amplo e tutela jurisdicional em sentido estrito. À luz do eixo metodológico consistente na distinção entre tutela jurisdicional em sentido estrito e tutela jurisdicional em sentido amplo, verifica-se um fato extremamente importante na construção da doutrina do mandado de segurança: nos seus estudos constata-se uma negligência sobre um ponto fundamental consistente na correta compreensão da tutela de segurança.

Essa negligência tem sido a causa do exame do mandado de segurança restrito ao seu aspecto técnico-processual, isto é, com prioridade exclusiva ao aspecto da tutela jurisdicional dos direitos em sentido amplo, ou seja, as técnicas de tutela ou as técnicas processuais de tutela como meios para a obtenção dos resultados. Fica relegada ao acaso a investigação dos resultados preordenados no plano do direito substancial a serem obtidos mediante o mandado de segurança, ou seja, a tutela jurisdicional em sentido estrito. Logo, o descuro da necessária compreensão de um aspecto fundamental para a efetividade dos direitos: a construção da doutrina da tutela de segurança, mediante mandado de segurança, no plano do direito substancial.

Por outro lado, o eixo metodológico adotado permite compreender que a negligência, sobre uma questão tão fundamental, encontrava uma justificativa plausível consistente na dificuldade imposta pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico para a construção de uma doutrina da tutela de segurança, em especial

sob o ângulo visual da tutela jurisdicional em sentido estrito. Para a correta compreensão do problema da construção da doutrina do mandado de segurança é importante considerar o fato de que, a inadequação do processo civil clássico, para a tutela de segurança, implicou na necessidade de criação de tutelas diferenciadas, em contraposição à tutela genérica marcada pela ordinariedade. Logo, o problema da construção da doutrina do mandado de segurança, à luz da tensão entre os pressupostos do processo civil clássico e a sua inadequação para o atendimento de certas peculiaridades do direito substancial, é apenas reflexo de um problema mais amplo: o problema da construção da doutrina da tutela de segurança, a qual também sempre esteve premida pela tensão entre os pressupostos teóricos do processo civil clássico e sua inadequação para a tutela de segurança.

A constatação dessa negligência, como fruto do eixo metodológico adotado, impõe a revisitação da doutrina do mandado de segurança, à luz do problema da tutela de segurança, cujo pressuposto necessário consistiria na construção de uma teoria sobre a tutela de segurança. No entanto, pelo fato de a doutrina do mandado de segurança manter-se premida pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, embora existisse uma rica construção teórica sobre o mandado de segurança, não permitiu uma construção da doutrina da tutela de segurança, exatamente porque se manteve atrelada ao aspecto da técnica processual de tutela, ou seja, dos meios processuais para a obtenção da tutela de segurança, ou melhor, o mandado de segurança como ação especial.

O ângulo visual restrito, dentro do qual era examinado o mandado de segurança, manteve o problema da construção da doutrina do mandado de segurança sempre com aspecto de atualidade, já que é objeto de investigação constante a fim de fornecer sua ‘definição real’. Uma ‘definição real’ do mandado de segurança é um problema muito amplo da construção da doutrina do mandado de segurança. Essa a razão pela qual o objetivo de contribuição, nesse processo de construção da doutrina do mandado de segurança, fica delimitado pela ênfase aos

seus aspectos atuais, à luz da dogmática do processo civil contemporâneo, em busca da delimitação de um perfil atual da construção dogmática da doutrina do mandado de segurança.

3.1 O mandado de segurança como modo de tutela jurisdicional de segurança satisfativa em sentido estrito

3.1.1 Considerações gerais

A tutela jurisdicional em sentido estrito é o modo de tutela dos direitos que tem por finalidade a realização do resultado no plano do direito substancial. Para a correta compreensão da tutela jurisdicional em sentido estrito, foi necessário compreender o caminho percorrido para a reaproximação do direito processual ao direito substancial.

Na busca de tutelas adequadas para atender de forma efetiva o direito substancial, depara-se com a tutela de segurança, gênero, do qual emergem a tutela de segurança satisfativa e a tutela de segurança cautelar, espécies, como modelos de tutelas diferenciadas.

A constatação de que a tutela de segurança sempre esteve premida pela tensão entre os pressupostos teóricos do processo civil clássico, sua inadequação para atender certas peculiaridades do direito substancial, e a necessidade de ruptura com aqueles pressupostos, mediante o atendimento das peculiaridades do direito substancial desconsideradas por aquele modelo processual, permite o exame do problema da construção da doutrina do mandado de segurança a partir da compreensão da tutela de segurança no cenário do processo civil clássico, com ênfase ao aspecto do mandado de segurança como um modo particular de rompimento com os pressupostos do processo civil clássico.

3.1.2 O problema da classificação do mandado de segurança enquanto tutela jurisdicional em sentido estrito

A reaproximação do direito processual ao direito substancial, na perspectiva da nova dogmática do processo civil contemporâneo, permitiu estabelecer um parâmetro para a classificação das tutelas a partir do resultado preordenado no plano do direito substancial. Essa classificação tem sido objeto de constante aperfeiçoamento, tendo em vista as diferenças de perspectivas ou mesmo terminológicas adotadas pela doutrina. Para fins deste trabalho, adota-se a classificação proposta por Luiz Guilherme Marinoni, a fim de examinar alguns aspectos dessa classificação que serve de parâmetro para uma reflexão sobre o mandado de segurança à luz da nova dogmática do processo civil contemporâneo. Por outro lado, o tom de provisoriedade que Luiz Guilherme Marinoni emprestava à sua proposta de classificação⁴¹⁶ já ganha novos contornos, com aceitação, se não na íntegra, quanto as categorias em situação de ilicitude, pelo menos no geral, e, com certeza, da proposta metodológica. Essa aceitação decorre do fato de que, a rigor, houve o deslocamento do foco da “temática da ação” para a temática da “tutela dos direitos”. Na temática da tutela dos direitos o que mais interessa é o problema da efetividade, o que implica na sua análise à luz do princípio da adequação.

Assim, para fins de reflexão sobre o mandado de segurança, adota-se a classificação das tutelas examinando-se, portanto: a) a tutela ressarcitória na forma específica mediante mandado de segurança; b) as tutelas inibitórias mediante mandado de segurança; c) a tutela reintegratória ou de remoção de ilícito mediante mandado de segurança, e; d) a tutela dos direitos contratuais mediante mandado de segurança.

⁴¹⁶ Ao apresentar sua proposta de classificação a denomina “esboço de uma classificação das tutelas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 450).

3.1.3 O problema da tutela ressarcitória mediante mandado de segurança

3.1.3.1 Considerações gerais

No exame da tutela ressarcitória foi possível constatar tratar-se de tutela uma voltada contra o dano, admitindo-se a tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia e a tutela ressarcitória na forma específica.

Isso implica compreender uma classe de tutela voltada contra o dano, em que o suporte fático da sanção ressarcitória apresenta elemento complexo, compreendendo, pelo menos, um fato ilícito e uma consequência danosa do fato ilícito, ou, em outras palavras: um fato danoso. Segundo Luiz Guilherme Marinoni, a tutela ressarcitória pode “[...] assumir as feições de tutela ressarcitória na forma específica ou de tutela ressarcitória pelo equivalente,” o que impõe compreender a tutela ressarcitória como gênero que comportaria, a princípio, duas espécies: a) tutela ressarcitória pela equivalência em pecúnia; e, b) tutela ressarcitória na forma específica.⁴¹⁷ Para Marinoni, “[...] a tutela ressarcitória pelo equivalente visa a dar ao lesado o valor equivalente ao da diminuição patrimonial sofrida ou o valor equivalente ao do custo para a reparação do dano, ou ainda constituir uma sanção contra aquele que agrediu um bem de conteúdo não patrimonial”. Já a tutela ressarcitória na forma específica visa “[...] estabelecer uma situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse sido praticado.”⁴¹⁸

O mandado de segurança é um modo de tutela de segurança satisfativa voltada exclusivamente contra o ilícito. No entanto, deve-se indagar da necessidade de atualizar o perfil do mandado de segurança, para amoldá-lo adequadamente como modo de tutela de segurança dos direitos fundamentais. Para tanto, impõe-se

⁴¹⁷ Veja-se que o fato de Luiz Guilherme Marinoni não empregar o termo “reparação” para a identificação das tutelas voltadas contra o dano acaba sendo um elemento complicador na sua classificação. No entanto, em outras passagens, refere-se à “reparação” com o sentido de ressarcimento.

⁴¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 158.

considerar o cabimento do mandado de segurança para a tutela ressarcitória, ou seja, uma tutela voltada contra o dano. E, como modo de tutela de segurança satisfativa voltada contra o dano, impõe-se examinar o cabimento do mandado de segurança tanto para a tutela do dano na forma específica, quanto a tutela do dano patrimonial para assegurar o exercício e gozo de um direito não-patrimonial conexo à aquele.

3.1.3.2 A tutela ressarcitória específica mediante mandado de segurança como resgate da sua natureza de tutela específica: o problema da tutela dos direitos não-patrimoniais conexos aos direitos patrimoniais

O aspecto paradigmático assumido pelo mandado de segurança como um modo de tutela voltada exclusivamente contra o ilícito tem um viés perverso quando o problema envolve um direito correspondente a um dano patrimonial conexo a um direito não patrimonial ou que não é tutelado adequadamente pela via ressarcitória da equivalência pecuniária.

A compreensão da configuração paradigmática do mandado de segurança como tutela voltada exclusivamente contra o ilícito, excluindo-o do campo de cobertura de tutela voltada contra o dano, permite a constatação de um profundo desvio de efetividade, na medida em que a natureza patrimonial do direito tem sido considerado obstáculo para a utilização da via do mandado de segurança, conforme preconizado nas Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. É que, a rigor, essa solução não permite o aporte no mandado de segurança dos vários aspectos atinentes a complexidade dos vínculos que surgem entre os direitos. Basta considerar, a título de exemplo, a necessidade de realização de um direito de crédito, consistente em prestação pecuniária, para a conservação da integridade de um direito não patrimonial, seu exercício ou gozo na forma específica. Trata-se, pois, da seara da tutela de segurança dos direitos não patrimoniais que dependem dos direitos patrimoniais. Essa questão deve ser submetida à análise em razão do fechamento da via do mandado de segurança, em razão da natureza do direito patrimonial. Isso porque, basta considerar a hipótese de um direito patrimonial

conexo a um direito não-patrimonial (ou, se preferir, um direito não-patrimonial conexo a um direito patrimonial), cuja realização do direito não-patrimonial dependa do direito patrimonial, para concluir pela necessidade de um modo de tutela diferenciada. É óbvio que o fechamento da via do mandado de segurança, em razão da natureza patrimonial do direito, acaba por excluir, indiretamente, o direito a ele conexo, de natureza não-patrimonial. Essa consequência afronta de modo absoluto a efetividade da tutela jurídica e impõe uma revisitação da questão da exclusão dos direitos patrimoniais do âmbito de cobertura do mandado de segurança.

Esse problema se mostra ainda mais dramático quando se constata que a tutela de um direito patrimonial, para conservar ou integrar um bem não-patrimonial, tem sido objeto de solução, nas dobras do sistema diferenciado do processo Sansão pós-moderno, conforme anota Luiz Guilherme Marinoni: “[...] é necessário lembrar o que se passa no direito italiano, onde é admitida a antecipação de pagamento de soma (entre outras hipóteses) quando a prestação em dinheiro é o instrumento para conservar ou reintegrar um bem não patrimonial.” E conclui: “Assim, por exemplo: prestações alimentares; retribuições devidas em obediência ao art. 36 da Constituição (direito de sustento do trabalhador); antecipação de soma devida para a reintegração específica de um bem não patrimonial ilicitamente lesado; indenização antecipada para aliviar um estado de necessidade (e assim a lesão à dignidade humana) causado pelo ilícito.”⁴¹⁹ Mas, o que se tutela, realmente, nesses casos: o direito patrimonial ou o direito não-patrimonial? A resposta, é óbvia, conforme esclarece o próprio Luiz Guilherme Marinoni: “Nestes casos, que são tutelados em razão de receio de dano, a realização do direito de crédito tem por escopo a tutela de um direito fundamental, como o direito à saúde ou à educação. O objeto da tutela não é o direito de crédito, mas sim o direito que lhe é conexo.” Isso porque, a “[...] antecipação de pagamento de soma, nestas hipóteses, não se destina a assegurar o

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 120-122.

juízo ou a viabilidade da realização do direito de crédito, mas sim a realizar antecipadamente o direito de crédito para permitir a efetiva tutela de um direito que lhe é conexo e merecedor de especial proteção, como o direito ao sustento ou à saúde.”⁴²⁰

3.1.4 A tutela inibitória mediante mandado de segurança

3.1.4.1 Considerações gerais

Tutela inibitória nos moldes delineado por Marinoni, é um modo de tutela voltada contra o ilícito em suas três modalidades, quais sejam: a) ilícito que ainda não ocorreu; b) ilícito continuado; c) ilícito de repetição.

Na experiência jurídica relativa ao mandado de segurança constata-se que o mesmo foi desenvolvido como um modo de tutela voltada contra o ilícito, nas três modalidades em que este pode se apresentar, ou seja, o mandado de segurança voltado contra o ilícito que ainda não ocorreu, contra o ilícito continuado e contra o ilícito de repetição.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência consolidaram-se no sentido de considerar o mandado de segurança contra as modalidades de ilícito que ainda não ocorreu, como mandado de segurança preventivo. Portanto, todo o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial relativos ao mandado de segurança preventivo corresponde, a rigor, à tutela inibitória mediante mandado de segurança em sua modalidade preventiva.

⁴²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, p. 120-122.

3.1.4.2 Mandado de segurança preventivo e mandado de segurança repressivo à luz da tutela inibitória

Na medida em que se aponta o mandado de segurança preventivo como espécie de tutela inibitória típica no direito brasileiro, põe-se em questão o sentido em que se entende a preventividade da tutela inibitória e a classificação do mandado de segurança em preventivo e repressivo. Admitida a tutela inibitória como espécie de tutela preventiva nas três modalidades de ilícito, então deve-se considerar que o mandado de segurança, enquanto tutela de segurança, volta-se para essas três modalidades. Por outro lado, a característica da tutela inibitória resta delineada pela junção da finalidade preventiva com a técnica mandamental, a qual seria caracterizada pela coerção indireta (ordem + coerção indireta). Essa finalidade preventiva estaria presente nas três modalidades de ilícito, independentemente do momento em que o mesmo tenha ocorrido.

O mandado de segurança, enquanto espécie de tutela voltada contra o ilícito, mediante técnica mandamental, segue destino diferente em relação à classificação. Isso porque, ao mandado de segurança impetrado antes da ocorrência do ilícito, reserva-se a qualidade de mandado de segurança preventivo; após o ilícito, mandado de segurança repressivo. A referência ao mandado de segurança como espécie de tutela inibitória típica estaria correta considerando-se a tutela inibitória contra o ilícito que ainda não ocorreu. No entanto, ao afirmar a natureza preventiva da tutela inibitória sem distinção da modalidade de ilícito contra o qual a mesma se volta, cria um problema no que tange à classificação do mandado de segurança, em preventivo e repressivo.

É que, a rigor, o mandado de segurança é uma modalidade de tutela voltada contra o ilícito, o qual tem cabimento nas três modalidades em que a tutela jurisdicional se volta contra o ilícito, correspondendo ao perfil da tutela inibitória, a qual tem cabimento nas três modalidades de tutelas voltadas contra o ilícito. Assim,

resta a reflexão sobre a pertinência do mandado de segurança contra ato de violação de direito já ocorrido no âmbito do mandado de segurança preventivo.

Admitida a natureza preventiva da tutela inibitória nas três modalidades de ilícito, impõe-se compreender que a tutela inibitória contra o ilícito continuado tenha natureza preventiva. Excluída a natureza preventiva da tutela inibitória voltada contra o ilícito continuado, não se pode falar em tutela inibitória como espécie preventiva. Por outro lado, na hipótese de mandado de segurança contra o ilícito continuado, configura-se a hipótese de mandado de segurança como tutela inibitória típica. Ora, admitida a natureza preventiva da tutela inibitória na hipótese de ilícito continuado, impõe-se admitir a natureza preventiva para o mandado de segurança voltado contra o ilícito ocorrido e em continuação, excluindo-se, assim, a natureza repressiva.

A solução do impasse exige compreensão da distinção entre tutela preventiva e tutela repressiva a partir da distinção entre tutela voltada contra o ilícito, de natureza preventiva e repressiva, e tutela voltada contra o dano, de natureza preventiva e repressiva.

Assim, quando a doutrina se refere à distinção entre tutela preventiva e tutela repressiva, impõe-se considerar que o fato jurígeno que ainda não ocorreu é o fato danoso. À tutela voltada contra o dano, por pressupor a ocorrência do dano, denominou-se tutela repressiva, por não ter nenhuma possibilidade de evitar a sua ocorrência. Trata-se da espécie de tutela sancionatória, ou seja, uma tutela voltada para o passado. Logo, uma tutela voltada para a prevenção do dano será denominada tutela preventiva e uma tutela voltada contra o dano tutela repressiva. Assim, tem-se as duas modalidades de tutelas voltadas contra o dano: tutela preventiva do dano e tutela repressiva do dano. Porém, na hipótese de tutela voltada contra o ilícito, em cujo pressuposto não se inclui o dano, pode-se adotar o mesmo critério, distinguindo-se entre uma tutela contra o ilícito que ainda não ocorreu e uma tutela voltada contra o ilícito continuado. À tutela voltada contra o ilícito que

ainda não ocorreu restaria a denominação de tutela preventiva do ilícito e à tutela voltada contra o ilícito que já ocorreu, restaria a denominação de tutela repressiva do ilícito.

Luiz Guilherme Marinoni refere-se à tutela voltada contra o ilícito que ainda não ocorreu como espécie de tutela preventiva pura. Ora, ao admitir-se a natureza de tutela preventiva contra o ilícito continuado, essa tutela preventiva seria, então, impura. Melhor, então, para harmonizar a natureza de tutela inibitória voltada contra o ilícito continuado como tutela inibitória, e, esta, com natureza preventiva nas três modalidades de ilícito contra os quais se volta, basta manter a natureza preventiva com a característica repressiva, já que voltada contra o ilícito que já ocorreu. Logo, uma tutela preventiva repressiva voltada contra o ilícito. Mas, para que isso não se resolva num paradoxo (algo preventivo e repressivo), impõe-se considerar, no caso, que a tutela é repressiva do ilícito e preventiva do dano. Lembre-se: melhor que reparar é evitar que continue a expandir-se.

Essa peculiaridade da tutela inibitória à luz dos esclarecimentos dos critérios sobre os quais deve-se assentar a natureza preventiva ou repressiva, mantém a classificação do mandado de segurança nas modalidades preventiva e repressiva, enquanto tutelas voltadas contra o ilícito em função do momento em que o mesmo ocorreu. Porém, considerado o mandado de segurança como tutela contra o ilícito, o mesmo terá sempre natureza repressiva do ilícito e, quando muito, preventiva do dano. Logo, o mandado de segurança teria natureza preventiva pura, quando visasse evitar o ilícito; natureza repressiva quando voltado contra o ilícito que já ocorreu; e natureza preventiva do dano, em qualquer das modalidades de ilícito. No entanto, na medida em que se admite o mandado de segurança voltado contra o dano, mas como forma de reparação na forma específica, daí o mandado de segurança seria repressivo do dano.

4. A aplicação subsidiária das técnicas coercitivas genéricas introduzidas pelo art. 461 do CPC ao mandado de segurança: a técnica coercitiva direta como problema para a viabilidade do mandado de segurança, para a tutela inibitória preventiva executiva e a tutela reintegratória e o impacto sobre o problema da mandamentalidade da tutela de segurança satisfativa mediante mandado de segurança

O problema da aplicação subsidiária das técnicas coercitivas ao mandado de segurança, em especial aquelas introduzidas pela reforma do Código de Processo Civil, requer uma necessária reflexão sobre o seu impacto no delineamento do perfil da doutrina do mandado de segurança. No entanto, o problema não é a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao mandado de segurança, mas sim, o que dessa reforma poderia ter aplicação subsidiária. No que tange ao art. 461, restaram introduzidas, em caráter genérico, duas espécies de técnicas coercitivas: a) a técnica coercitiva indireta mediante sanção pecuniária; b) a técnica coercitiva direta atípica (medidas necessárias). Um primeiro aspecto do problema passaria pela compreensão da inexistência dessas técnicas antes do advento da reforma processual. A rigor, os pressupostos teóricos do processo civil clássico confinavam o mandado de segurança ao âmbito de uma tutela diferenciada muito específica e restrita. Não há dúvida de que a introdução da técnica coercitiva indireta, mediante sanção pecuniária, em caráter genérico, é, em si, uma novidade, em relação ao regime da tutela jurisdicional do mandado de segurança, no qual não constava essa modalidade de técnica coercitiva. Por isso, o problema da aplicação subsidiária tem cabimento em relação à técnica coercitiva indireta mediante sanção pecuniária.

No entanto, no que tange às técnicas coercitivas diretas atípicas genéricas, introduzidas pelo art. 461, resta uma indagação: as mesmas já seriam aplicáveis ao mandado de segurança, mesmo em sua feição paradigmática elaborada à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico? Se a resposta for positiva, o que restaria seria o assombro, pelo fato da sua não-percepção, por muitos, dessa

realidade, própria desse modo particular de rompimento com os pressupostos da ordinariedade.⁴²¹ Nesse caso, a técnica coercitiva direta, prevista expressamente no art. 461 do Código de Processo Civil, teria um caráter de reforço ao regime coercitivo específico do mandado de segurança. Assim, em relação às técnicas coercitivas diretas atípicas, na forma prevista no § 5º do art. 461, não se deveria buscar a solução sob o ângulo visual da subsidiariedade, antes do exame da situação característica do mandado de segurança como modo de tutela potencializada.

No que tange ao problema das técnicas coercitivas no mandado de segurança, Luiz Eulálio Bueno Vidigal fez interessante insinuação quanto à possibilidade de o juiz empregar “todos os meios de que dispuser para assegurar o seu efetivo cumprimento.”⁴²² A intenção era no sentido de se obter um máximo rendimento do mandado de segurança. No entanto, quais seriam os meios de que dispunha o juiz para assegurar o seu efetivo cumprimento? Estariam neles incluídos os meios coercitivos diretos?

A questão é intrigante e exige posicionamento, já que o emprego de uma técnica coercitiva direta implica na obtenção do resultado prescindindo-se da vontade ou da colaboração do sancionado. O problema da técnica coercitiva direta, no mandado de segurança, implica, necessariamente, nos limites materiais para a atuação do poder jurisdicional, à luz do princípio da separação dos poderes. Logo, qualquer das modalidades de técnica executiva implicaria na obtenção do resultado prescindindo-se do ato ou da conduta de outra autoridade estatal senão a autoridade judiciária ou um de seus auxiliares.

⁴²¹ Essa é a posição de Eduardo Talamini: “A possibilidade de o juiz adotar providências que concretizem a tutela almejada no mandado de segurança sem a participação da autoridade coatora era aspecto que já se haveria de reconhecer mesmo antes das reformas do processo civil brasileiro. Deriva da própria magnitude constitucional do remédio. É decorrência da imposição de que o mandado de segurança, como ‘ação de eficácia potenciada’, produza o máximo de resultados legitimamente possíveis em prol do impetrante que detenha razão.” (A efetivação da liminar em mandado de segurança. In: YARSHELL, Flávio Luiz. 50 anos da Lei do mandado de segurança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 64, out. 2001, 52).

⁴²² VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Do Mandado de Segurança*, p. 128.

Ora, a necessidade do emprego de uma técnica coercitiva direta restaria caracterizada em três hipóteses: *a)* a autoridade não cumpriu a ordem do juiz: logo, a coerção indireta, qualquer que fosse a modalidade, não foi eficaz porque não atuou suficientemente sobre a vontade do agente público; *b)* a técnica coercitiva direta impõe-se já para resguardar a efetividade da tutela jurisdicional, porque não pode esperar o tempo necessário para aferir a efetividade da técnica coercitiva indireta. Essa última hipótese configura a técnica preventiva executiva; *c)* a técnica coercitiva direta impõe-se diante do fato ilícito continuado que deixou vestígios: a remoção do ilícito, neste caso, implica em coerção direta, ou seja, prática de atos materiais ou atos tendentes à realização do direito material por um terceiro e não pela autoridade com competência para fazê-lo. Essa discussão não parecia útil para a doutrina do mandado de segurança, enquanto seu caráter paradigmático era premido pelos pressupostos do processo civil clássico, porque o problema se resolvia no âmbito da mandamentalidade. No entanto, à luz dos pressupostos do processo civil contemporâneo, esses problemas surgem naturalmente pelo fato da opção obsessiva pela efetividade da tutela jurídica e pelo aparelhamento de um processo com a plenitude dos instrumentos e técnicas processuais, regidos pela plasticidade e flexibilidade em graus necessários e suficientes, à luz das peculiaridades do direito substancial.

Há entendimento no sentido de que é cabível o emprego de técnica coercitiva direta contra a administração pública. Eduardo Talamini chega a fornecer um exemplo em que restaria configurada essa técnica: “Basta cogitar de um exemplo para constatar que as coisas não podem ser de outro modo. O juiz concede a segurança, determinando que a autoridade coatora entregue ao impetrante bem que lhe foi indevidamente retido em órgão alfandegário. Se a autoridade, a despeito de regularmente notificada, insiste em descumprir o mandado, não constituiria tutela adequada o juiz permanecer apenas reiterando a ordem e cominando sanções por seu descumprimento.”⁴²³⁻⁴²⁴ E sugere a solução que seria adequada, nesse caso:

⁴²³ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do*

“Sendo praticamente possível, caberá determinar que auxiliares do juízo, se for o caso acompanhados de força policial, apreendam o bem e o entreguem ao impetrante.”⁴²⁵ E, conclui: “Eventuais providências jurídicas de desembaraço, por sua vez, serão diretamente supridas pelo juiz. Evidentemente, a circunstância de a tutela haver-se adequadamente desenvolvido sem a colaboração da autoridade coatora não a isentará por sua recalcitrância”.⁴²⁶

De fato, num caso assim singelo, não se pode questionar do emprego da técnica coercitiva direta no mandado de segurança para assegurar a efetividade da tutela jurídica de segurança. Aliás, a hipótese aventada amolda-se à concepção de tutela executiva em sentido amplo, onde há declaração de um ilícito e a necessidade de restabelecer a situação anterior à sua ocorrência. Porém, o bem objeto de apreensão e entrega pelo terceiro, em lugar do agente público, pertencia ao patrimônio do impetrante (ou de terceiro), e sua permanência em mãos do autor do ilícito caracterizava restrição ao exercício e gozo da propriedade.

No entanto, o problema do cabimento da técnica coercitiva direta pode assumir proporções mais significativas. Exemplo disso ocorreu no julgamento do Conflito de Atribuições nº 46-9- SP,⁴²⁷ durante o qual os Ministros que compunham a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça,⁴²⁸ tiveram a oportunidade de examinar o problema do cabimento da técnica coercitiva direta, consistente na

Advogado, p. 52.

⁴²⁴ Referindo-se à sentença condenatória mandamental, Cândido Rangel Dinamarco afirma: “Decidir, condenar, pressionar, mas depois resignar-se com a reiterada desobediência, equivaleria a exercer o poder estatal pela metade.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 243.).

⁴²⁵ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do Advogado*, p. 52.

⁴²⁶ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do Advogado*, p. 52.

⁴²⁷ Brasil. STJ. Conflito de Atribuições nº 46-9-SP. 1ª Seção. Rel. Min. Américo Luz. mv, J. 20.06.95. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em 15.04.2003.

⁴²⁸ O caso em si é extremamente rico de matéria prima para exame à luz da efetividade das decisões judiciais. No entanto, o que importa, para o presente caso, são as técnicas coercitivas adotadas, e a

“substituição do agente do poder público por um administrador ad hoc, em ordem a cumprir liminar, com efetiva transferência de numerário à conta do juízo [...]”. E, a conclusão a que se chegou, foi no sentido de que “substituição do agente do poder público por um administrador [...] não encontra suporte legal e invade privativa competência da entidade pública.” O caso concreto envolvia uma ordem de um órgão do primeiro grau de jurisdição da Justiça Federal, emitida em sede de mandado de segurança, impetrado por uma entidade bancária particular, contra ato do Delegado Regional do Banco Central em São Paulo, com o seguinte teor:

“proceda a d. autoridade impetrada ao depósito à disposição do Juízo em RDB-Judicial junto ao Banco do Brasil – Justiça Federal, dos valores concernentes às diferenças entre o valor devido, objeto do contrato em IGP-M e o que vier a ser apurado em razão da utilização do indexado IGP-2-URV”

Diante da resistência da autoridade impetrada, foi emitida nova ordem, com o seguinte teor:

“a) a intimação da autoridade impetrada para que, no prazo de 72 (setenta e duas) horas cumpra integralmente a liminar deferida initio litis, com relação tanto aos títulos vencidos em 01.02.95, como em relação àqueles que se vencerem em 01.03.96, sob pena de, nos termos do art. 461, parágrafo 4º, do CPC, multa pecuniária pessoal, ou em seu substituto eventual, calculada em 0,01 (um centésimo) do valor que o BACEN deveria depositar em juízo em cumprimento da liminar; (b) decorrido o prazo acima sem cumprimento, além da multa pessoal estabelecida, este Juízo nomeará administrador judicial para que seja praticado o ato determinado na liminar, sem prejuízo da responsabilidade penal dos atuais dirigentes omissos da autarquia”.

Na persistência da resistência, a autoridade judiciária emitiu nova ordem, com o seguinte teor:

“comprove em 3 (três) horas, a efetivação do depósito judicial – informando pelo próprio Banco Central do Brasil, no montante de R\$ 193.222.867,89 (cento e noventa e três milhões, duzentos e

vinte e dois mil, oitocentos e sessenta e sete reais e oitenta e nove centavos”.

No arrazoado da suscitação de conflito, constata-se o cerne da questão relativa à “nomeação de administrador judicial *ad hoc*”:

[...] Ao nomear um “Delegado Regional do Banco Central do Brasil “ad hoc” – que é exatamente isso que a Autoridade Judicial Suscitada pretende fazer -, Sua Excelência invade seara alheia, adentra ao campo da Administração Pública, julga-se com poder de praticar ato administrativo da exclusiva atribuição do Presidente do Banco Central do Brasil, ensejando o conflito de atribuições ora suscitado.

A resposta da autoridade judiciária, em suas informações, estabeleceu o contorno dos limites em que a questão restou debatida, afirmando que a decisão:

Nada tem de ilegítima, de ilegal, de imoral, e não se pretende – contrariamente ao afirmado na inicial – “perpetrar inusitado avanço sobre o Tesouro Nacional, fazendo-se tábula-raza do Instituto do precatório requisitório”[...] e tampouco invadir “seara alheia”, mesmo porque, não há seara alheia para o Poder Judiciário. Dí-lo em todas as letras a Carta Constitucional, no inciso XXXV, do art. 5º, que o Sub-rogação. Delegado do Banco Central e seu Presidente ignoram propositadamente”. [...] não se está a travar luta pelo poder emergente da atividade meramente administrativa do Sr. Presidente do BACEN. Está sim a ser travada luta em torno do ideal de justiça, ou seja, pelo restabelecimento da ordem jurídica devastada e desrespeitada pelo BACEN.

O debate em torno dessa questão foi muito intenso: afinal, existe seara alheia ao Poder Judiciário? Isto é: ao pretender nomear um administrador judicial “ad hoc”, haveria aí o risco de um ato ilegítimo que caracterizaria o conflito de atribuições entre o Poder Judiciário e a Administração? A questão, das mais delicadas, pôs em cheque o real conteúdo do Estado de Direito, porque, a rigor, se existe uma seara, menor que seja, que escape ao controle jurisdicional, então, aí há o espaço para o abuso.

O Ministério Público Federal, chamado para opinar sobre o conflito de

atribuições suscitado, assim posicionou-se:

[...] acontece que para fazer cumprir a ordem liminar, a il. Juíza houve por bem designar um administrador judicial par que, em substituição à autoridade competente do Banco Central, ingresse ali, intrometa-se no setor competente e retire o numerário o suficiente e efetive o depósito reclamado.

Induvidosamente, aí extrapolou a il. Juíza os limites da lei a que todos nós, julgadores e jurisdicionados, devemos observância. A medida de substituir o agente público por um administrador "ad hoc" é abusiva por não encontrar suporte em autorização legal. Este não é o meio regular de fazer cumprir uma ordem judicial. Impertinente e descabido invocar o preceituado art. 677, do Código de Processo Civil, pelo qual "quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em semoventes, plantações ou edifício em construção, o juiz nomeará um depositário, determinando-lhe que apresente em 10 dias a forma de administração".

Vê-se, assim, ser inaplicável à espécie o comando desse dispositivo da lei processual, não só porque infringe o princípio da impenhorabilidade dos bens públicos, como também, também, e superiormente, porque não autorizada em lei a designação de um administrador judicial para substituindo-se o órgão público, em funcionamento regular, e invadindo as suas específicas atribuições – praticar ato de saque de numerário.

O Min. Antonio de Pádua Ribeiro, assim manifestou seu voto:

Portanto, à vista do referido texto – entenda-se: art. 105, I, letra "g", da Constituição Federal de 1988 – que resta é reconhecer que, na verdade, o juiz suscitado invadiu a competência do Presidente do Banco Central quando nomeou ou disse que nomearia administrador judicial para praticar o ato por ele determinado na liminar.

Sem dúvida alguma, o Juiz, no exercício de suas funções jurisdicionais, não tem competência para nomear servidor público. O que sabemos, em termo de execução de ato judicial, naqueles casos de execução contra empresas, é que o Juiz pode nomear administrador, mas esta não é a hipótese dos autos. O Juiz, a meu ver, extravasou o âmbito de sua competência jurisdicional atingindo a competência de órgão administrativo do Estado, qual seja, do Presidente da autarquia, Banco Central.

O Min. Peçanha Martins, em seu voto, acompanha o Min. Relator, aduzindo que:

[...] o que se verifica é a ameaça de prática de ato exorbitante pela eminente Juíza: nomear administrador de órgão público, ainda que para praticar determinado ato. Não há que se dar elasticidade à regra do art. 727 do Código de Processo Civil, porque esse diz respeito a usufruto de imóvel ou empresa privada. Somente nesta hipótese poder-se-ão nomear administrador de empresa. Até por que há presunção de liquidez em favor do erário, das autarquias e empresas públicas [...]

O Min. Demócrito Ribeiro, acompanhou o voto do Min. Relator, e, em seu voto, salientou:

[...] afastada pelos argumentos do Eminentíssimo Relator, a possibilidade da existência de conflito de atribuições, na parte em que o Eminentíssimo juiz agiu nos estritos limites de sua função jurisdicional e afastado, também, o perigo da demora, tendo em vista que, em havendo este depósito de quantia, embora elevada, ele só pode ser levantada através do precatório, o que resta, no pedido, é a pretensão do Banco Central, que pretende, através de uma forma transversa, converter o conflito de atribuições em um procedimento de suspensão de liminar em mandado de segurança e, mesmo assim, sem aqueles pressupostos previstos na lei [...]

Até então, o problema técnico jurídico sobressaía somente em um dos seus aspectos. Nessa altura, manifestou-se o Min. Humberto Gomes de Barros, o qual tocou fundo na questão:

[...] Sr. Presidente, acompanho o Eminentíssimo Relator, mas com uma anotação de tristeza: é a constatação de que no Direito Brasileiro os atos judiciais são ineficazes quando se trata de executar o Estado, que, em verdade, afastado ato de intervenção do juiz no Banco Central, esta liminar, simplesmente, tornar-se-á inexecutável. Não há nenhum instrumento no Direito Brasileiro capaz de tornar executável esta liminar.

Vejo-me obrigado a constatar que dentro do ordenamento jurídico brasileiro não há uma solução outra que não aquela apontada pelo Eminentíssimo relator [...]

Os Ministros Milton Luiz Pereira, Humberto e Cesar Asfor Rocha, que também participaram do julgamento, preferiram não conhecer do conflito de atribuições, porque não vislumbraram seu cabimento para discutir o ato da Juíza. Logo, o meio adequado seria o revisional e não o conflito de atribuições.

Porém, pela importância, impõe-se acrescentar, ainda, que o Min. Humberto Gomes de Barros retificou seu voto-vencido, trazendo à lume o artigo 798 do Código de Processo Civil, para concluir que:

Em verdade, com todas as vênias dos que entendem o contrário, quando o juiz adotou esta medida, poderia ter exagerado. Mas, na verdade, adotou uma providência no exercício da sua competência jurisdicional. Ora, se foi no exercício dessa competência, não há conflito, como já se decidiu e está assentado na nossa jurisprudência.

Não há dúvida de que andou bem a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em conhecer do conflito de atribuições, porque, a rigor, a questão da legitimidade, ou não, de uma ameaça, ou mesmo de aplicação de uma sanção calcada em uma técnica coercitiva direta, é um ponto relativo ao campo das atribuições das esferas públicas. No entanto, não andou bem ao decidir pela ilegitimidade do ato de ameaça, por ser ilegítimo o ato de nomeação de um administrador judicial. A melhor solução seria deixar uma margem para o eventual cabimento, o que não ocorreu, no caso concreto. E, por quê a melhor solução seria deixar uma margem para o cabimento da técnica coercitiva direta no mandado de segurança?

Em primeiro lugar, porque, a rigor, a questão envolvia uma prestação de natureza pecuniária, já que o que se discutia era apenas a diferença da correção monetária relativa a uma prestação objeto de contrato. Em segundo lugar, não se vislumbrava uma finalidade satisfativa, na medida em que a determinação apenas referia-se à necessidade de depósito da quantia, sem deixar antever que a mesma seria entregue, de imediato, à impetrante.

Em terceiro lugar, porque, a rigor, os textos legais em torno dos quais se desenvolveram os debates não retratam o fundamento da técnica coercitiva direta. Isso porque, salvo o vislumbre sadio do Min. Humberto Gomes de Barros, o qual, oportunamente, lembrou a norma do art. 798, que trata do poder geral de cautela, por muito tempo adotado como fundamento da tutela de segurança satisfativa em sede de processo cautelar, o debate se deu fora do contexto do seu real fundamento, ou seja, o art. 461, do Código de Processo Civil, já que o julgamento ocorreu após a entrada em vigor do referido artigo, sobre o qual são construídas as novas tutelas jurisdicionais. Basta lembrar que a nomeação de um terceiro para cumprimento da ordem judicial em substituição ao sancionado resistente, trata-se de um dos exemplos mais explorados pela doutrina que admite essa modalidade de técnica coercitiva direta.

4.1 A tutela dos direitos contratuais mediante mandado de segurança

Quando se trata de tutela dos direitos oriundos de contratos, na forma específica, põe-se em questão tanto a tutela do direito ao adimplemento na forma específica, quanto a tutela inibitória do inadimplemento, nos termos em que restou adotada a classificação da tutela em sentido estrito, conforme a proposta de Luiz Guilherme Marinoni, impondo-se verificar o seu cabimento mediante mandado de segurança. Em primeiro lugar, resta considerar que o Estado participa de relações contratuais submetidas tanto ao regime privado quanto ao regime público.⁴²⁹ No que tange aos contratos submetidos ao regime privado, não se pode afastar, "ab initio", o modo de tutela dos direitos dele decorrentes, na forma específica. Assim, em regra, no que tange aos contratos privados, impõe-se compreender que, desde que preenchidos os requisitos da tutela na forma específica, são cabíveis tanto a tutela inibitória do inadimplemento quanto a tutela do adimplemento na forma específica. O problema, porém, é que o mandado de segurança, enquanto modo de tutela voltado contra o ilícito, praticado pelo agente público, no exercício de suas

⁴²⁹ CRETELLA JÚNIOR. José. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed., p. 229 e ss.

funções, não seria a via processual adequada para a tutela dos direitos oriundos de contratos firmados pela Estado, sob o regime privado. Essa peculiaridade do mandado de segurança implica em que a tutela dos direitos, oriundos de relações contratuais privadas, em que o Estado é parte, escapa ao campo de cobertura do mandado de segurança. Mas, isso já não chega a ser um problema, na medida em que restou positivada a tutela de segurança genérica, regida pelo princípio da plenitude de instrumentos e técnicas processuais. Logo, pode-se construir, com muita facilidade, um procedimento adequado para a tutela de segurança dos direitos oriundos de relações contratuais, tanto informada pelo valor urgência quanto informada pelo valor evidência.

Portanto, resta examinar o problema da tutela dos direitos, oriundos dos chamados contratos públicos da administração, ou contratos de direito público, e, em especial, os chamados contratos administrativos, os quais são espécies daquele gênero.⁴³⁰ Na doutrina, encontram-se arrolados, entre as modalidades de contratos administrativos: o contrato de obras públicas; o contrato de empréstimos públicos; o contrato de fornecimento; o contrato de concessão de serviço público, o contrato de concessão privativa de bem público pelo particular.⁴³¹

Para todos os efeitos, deve-se considerar que a tutela do adimplemento das obrigações contratuais, regidas pelo direito público, na forma específica, pode ser pleiteada mediante mandado de segurança. Um caso típico de tutela, na forma específica, calcada em direito oriundo de contrato público, através mandado de segurança, consiste no julgamento de litígio entre mutuários do Sistema Financeiro da Habitação e o respectivo agente financeiro, com o intuito de prevalecer certas regras violadas pelo agente financeiro, quer na concessão do mútuo, quer durante a execução do contrato. Nesse sentido, veja-se o acórdão da 3ª

⁴³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed., p. 330.

⁴³¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed., p. 343 e ss.

Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da AMS 90.02.10814-1-RJ, ocorrido em 21.05.96, onde restou decidido que: “O Mandado de Segurança é a via procedimental adequada para a discussão de reajustes das prestações devidas pelos mutuários aos agentes do SFH”.⁴³² Essa orientação levou em consideração que o agente financeiro exercia função delegada, em sede contratual, rejeitando a tese de que, naquela relação, sua participação se limitava a um ato de mera gestão, o que excluiria a via mandamental. Aliás, diga-se, por oportuno, que a técnica mandamental, nesses casos, afigura-se a mais adequada, na medida em que a questão restringe-se à matéria de direito. Uma vez firmada a orientação jurisprudencial sobre a matéria de direito (critério de reajuste), tem-se, por óbvio, o direito líquido e certo ao reajuste das prestações mediante a aplicação daquele critério determinado. Portanto, há um déficit tanto na tutela declaratória, desprovida de eficácia mandamental, quanto na própria consignatória, pois, isoladamente, elas não têm força para atuar sobre a vontade do agente financeiro, a fim de que o mesmo se abstenha de exercer, de modo lícito, o ilícito repetidas vezes. E, a rigor, basta que atue sobre a vontade do agente financeiro para que, de fato, o mutuário exerça o seu direito, na forma específica.

4.2 O mandado de segurança como tutela jurisdicional em sentido amplo – o problema das técnicas de tutela mediante mandado de segurança

No que tange às técnicas de tutela adequadas ao mandado de segurança, impõe-se concentrar a reflexão, em primeiro lugar, no impacto que o isolamento da tutela jurisdicional em sentido amplo causa na doutrina do mandado de segurança, por razões de várias ordens. Na doutrina e jurisprudência constata-se referências ao mandado de segurança como a “via mandamental estreita”, para justificar uma série de situações que caracterizam a tutela de segurança satisfativa mediante mandado de segurança. Na medida em que se compreende que o provimento jurisdicional mandamental (em regra referida como sentença mandamental) é

⁴³² Brasil. TRF. 2ª Região. 3ª Turma. AMS 90.02.10814-1. Rel. Juiz Valmir Peçanha. vu. J. 21.05.96. DJU 08.08.96, p. 55613. Disponível em: <http://trf3.gov.br>. Acesso: 15.04.03.

apenas uma técnica de tutela que expressa a técnica coercitiva indireta, a qual é adequada para a realização do direito mediante atuação sobre a vontade do sujeito, consistente em ordem mais coerção indireta, e que, a rigor, a tutela de segurança satisfativa pode exigir a técnica coercitiva direta, portanto, a técnica executiva, impõe-se refletir sobre o aspecto da mandamentalidade do mandado de segurança.

Em segundo lugar, admite-se o mandado de segurança como via adequada para a tutela meramente declaratória. Em alguns casos, admite-se o mandado de segurança até mesmo como veículo dessa tutela em caráter exclusivo (não o veículo, mas da tutela). Portanto, também sob esse aspecto merece reflexão o mandado de segurança.

Por fim, a técnica de provimento jurisdicional condenatória, em sede de mandado de segurança, também impõe uma reflexão sobre o impacto das técnicas de tutela na construção doutrinária do mandado de segurança.

4.2.1 A mandamentalidade no mandado de segurança em razão da adoção da técnica coercitiva direta - técnica executiva em mandado de segurança

A questão da mandamentalidade no mandado de segurança apresenta-se de modo claro quando se constata divergência quanto à caracterização da sentença mandamental. Assim, é necessário localizar o seu problema em termos atuais, a partir da abertura para o seu conhecimento, o que ocorreu com o artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor e consolidou-se no art. 461 do Código de Processo Civil, alcançando um campo de cobertura maior com a Lei 10.358/01, com a ampliação dos deveres previstos pelo art.14, a todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, incluindo, no inciso V, o dever de “cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final”.

E essa localização do problema remete tanto para os trinários contemporâneos

quanto para os quinários contemporâneos. Isso porque, numa perspectiva trinária contemporânea, a mandamentalidade no mandado de segurança se justifica pelo fato de que a sentença mandamental constitui-se numa espécie de condenação, o que faz com que a mesma seja guindada a uma espécie de sentença condenatória: a sentença condenatória mandamental.⁴³³ Portanto, toda tutela jurisdicional dos direitos, mediante mandado de segurança, revestir-se-ia da natureza mandamental, já que não há qualquer referência específica ao aspecto da técnica coercitiva como elemento conceitual essencial da sentença condenatória mandamental. Isso pode ser aferido no escólio de Cândido Rangel Dinamarco, onde o mesmo afirma: “O comando contido em tais sentenças é de tal intensidade, que autoriza o juiz, *ainda no processo de conhecimento* e sem necessidade de propositura ou instalação de executivo, a desencadear medidas destinadas a proporcionar ao vencedor a efetiva satisfação de seu direito.” No iter procedimental sancionatório (medidas desencadeadas destinadas a proporcionar a satisfação do direito), Cândido Rangel Dinamarco visualiza uma escala evolutiva, de tal forma que “[...] o juiz tem o poder-dever de, em caso de desobediência ao preceito, em primeiro lugar exercer pressões psicológicas de variada ordem sobre o obrigado desobediente, para que *voluntariamente* decida cumprir [...]”,⁴³⁴ e, “[...] em caso de persistência em resistir, o juiz pode e deve impor, mediante atos de poder e agora independentemente da vontade do obrigado, um *resultado prático equivalente ao do cumprimento*.”⁴³⁵ Portanto, Cândido Rangel Dinamarco admite a adoção de técnica coercitiva direta sem mácula à mandamentalidade. Ou, ainda melhor, para ele, o fato da evolução do procedimento sancionatório, com adoção de medidas mais efetivas, até mesmo prescindindo do cumprimento voluntário, seria já uma característica do “momento sancionador” próprio da “sentença condenatória mandamental”.

⁴³³ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 243.

⁴³⁴ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 243.

⁴³⁵ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 243.

Em relação aos quinários contemporâneos, também constata-se problemas quanto a mandamentalidade no mandado de segurança. É que, a rigor, para os quinários clássicos, bastava o elemento “ordem” com eficácia preponderante para justificar a classe de sentença mandamental, a exemplo do que ocorria com Pontes de Miranda e Ovídio Baptista da Silva. E, numa concepção assim tão ampla, o mandado de segurança achava posição confortável, porque era inegável a presença desse elemento “ordem”. Mas, a tranquilidade finda por aí. Em primeiro lugar, no momento em que não se admite a mandamentalidade, apenas e tão-somente, pela presença do elemento “ordem”, surge uma série de questões que envolvem a mandamentalidade no mandado de segurança. E isso ocorre em relação ao novo conceito de sentença mandamental, proposto por Luiz Guilherme Marinoni, no qual o elemento ordem deve vir justaposto à técnica coercitiva indireta (ordem mais coerção indireta). Isso porque, a rigor, o problema acaba se deslocando para a compreensão da locução “coerção indireta”. Tanto que, se admitida a “coerção indireta” como expressão da sanção coercitiva indireta pecuniária (multa), então o problema se põe de maneira direta: onde houver ordem mas não couber a sanção coercitiva pecuniária indireta, não haverá mandamentalidade. Mas o fato é que a expressão “coerção indireta” é abrangente de todas as técnicas coercitivas que atuam sobre a vontade do sancionado, conforme compreensão adotada neste trabalho. Essa compreensão é suficiente para manter o caráter de mandamentalidade no mandado de segurança, quer antes da reforma de 1994 quer após essa reforma.

No entanto, o fato de se manter a mandamentalidade, a partir da compreensão ampla da técnica coercitiva indireta, não é razão suficiente para que se possa enclausurar o mandado de segurança no campo de cobertura exclusivo da técnica coercitiva indireta. Isso porque, a rigor, não se exclui a técnica coercitiva direta do âmbito do mandado de segurança. E, nesse caso, como haveria de manter a mandamentalidade onde houvesse o emprego de uma técnica executiva, ou seja, uma técnica coercitiva direta? Para manter a coerência com o conceito de provimento mandamental adotado, não se pode vislumbrar mandamentalidade onde não houvesse técnica coercitiva indireta, no sentido amplo adotado. Eis, pois, o

problema: um mandado de segurança não-mandamental?

De certa forma, Ovídio Baptista da Silva já havia tocado no ponto nodal da questão: o mandado de segurança é um grupo heterogêneo de demandas.⁴³⁶ E essa característica heterogênea poderia justificar a exclusão da mandamentalidade em algumas hipóteses? Eduardo Talamini, quando afirma o cabimento das “medidas atípicas de sub-rogação”, no mandado de segurança, parte da premissa de que o aspecto mandamental (ordem + força coercitiva) não foi eficaz, já que a autoridade “insiste em descumprir o mandado”, o que justificaria a adoção de “[...] providências que concretizem a tutela almejada no mandado de segurança sem a participação da autoridade coatora [...]”.⁴³⁷ Nesse caso, a rigor, o que fica evidenciada é a fungibilidade entre a técnica coercitiva indireta e a técnica coercitiva direta, adotando-se esta no caso de não ser eficaz aquela. É o mesmo raciocínio de sucessividade adotado por Cândido Rangel Dinamarco,⁴³⁸ onde a técnica coercitiva direta é adotada após o esgotamento da técnica coercitiva indireta.

Mas, o problema deve ser compreendido sob outro prisma: a eventual necessidade de adoção da técnica coercitiva direta antes mesmo de qualquer tentativa de aferição da eficácia da técnica coercitiva indireta. Essa situação ocorre tanto no caso de tutela reintegratória quanto no caso de tutela inibitória preventiva executiva. Nesses casos, o emprego da técnica coercitiva direta é imediato, sem caráter de sucessividade em relação à técnica coercitiva indireta. Ainda assim, poder-se-ia referir à mandamentalidade no mandado de segurança? Eis o ponto fundamental.

Em primeiro lugar, quando se pensa em tutela de segurança, não se deve

⁴³⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso*, v. 2, p. 406 e ss.

⁴³⁷ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar em mandado de segurança. In: YARSHELL, Flávio Luiz. 50 anos da Lei do mandado de segurança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 64, out. 2001, p. 52.

⁴³⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*, p. 243.

imaginar que esse modo de tutela dos direitos se liga, de forma umbilical, à uma determinada técnica de provimento jurisdicional. Assim, sob o prisma da plenitude e flexibilização das tutelas em sentido estrito e das técnicas processuais de tutela, em especial das técnicas de provimentos jurisdicionais, deve-se compreender que o fato da adequação de uma tutela em sentido estrito ou de uma técnica de tutela não é o fator que caracteriza a tutela de segurança. Pode caracterizar, isso sim, o interesse processual, ou seja, a necessidade-adequação à luz da efetividade. Portanto, quer seja mediante uma tutela reintegratória quer seja uma tutela inibitória, em qualquer de suas modalidades, sempre que o caso amoldar-se à hipótese de tutela de segurança, deve-se compreender a aplicação do regime desse modo de tutela dos direitos. Da mesma forma, quer se esteja diante de uma técnica mandamental, quer se esteja diante de uma técnica executiva, sempre que o caso amoldar-se à hipótese de tutela de segurança, deve-se compreender a aplicação do regime desse modo de tutela dos direitos. Portanto, se através do mandado de segurança adota-se uma técnica coercitiva direta ou uma técnica coercitiva indireta, não se desnatura a tutela de segurança. O que se torna discutível é a subsunção dessas duas técnicas de tutela sob a rubrica “mandado”, na medida em que se ligue essa expressão eventual mandamentalidade, porque, a rigor, com o emprego da técnica coercitiva direta não haverá “ordem” para o sancionado, pelo menos no que tange à realização do direito que prescinde da atuação de sua vontade.

No entanto, não se deve esquecer, e, aqui, o ponto nodal da questão, que o fato do emprego de uma técnica coercitiva direta, quer para evitar o ilícito (tutela inibitória preventiva executiva), quer para a remoção do ilícito (tutela reintegratória ou tutela de remoção do ilícito), não se deve excluir o fato de uma eventual ordem para abster-se da prática do ilícito contra o qual se volta a tutela. Aí, nesse resquício de mandamentalidade, poderia manter-se a nomenclatura tão consagrada na experiência jurídica brasileira. Fora dessa solução, a locução mandado de segurança, quando muito, deverá ser compreendida como um modo procedimental adequado para a tutela de segurança satisfativa, quer se trate de tutela mediante técnica coercitiva direta quer se trate de técnica coercitiva indireta.

4.2.2 A mandamentalidade no mandado de segurança em razão da adoção da tutela declaratória

Nos termos do enunciado da Súmula 213, do STJ, restou consolidada a orientação no sentido de que: “O mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária.” O fato da “adequação do mandado de segurança para a declaração do direito”, interferiria, de algum modo, no aspecto da mandamentalidade do mandado de segurança? A efetividade desse modo de tutela dos direitos repousaria no efeito consistente na certeza produzida pela tutela declaratória ou no “comando sancionador”, veiculado através de uma ordem? Essa questão desafia a compreensão dos limites tradicionais a que se submete a tutela declaratória, a partir da assertiva de que o cumprimento do dever estabelecido como certo, enquanto seu efeito típico, dependeria da vontade do réu. Porém, não se deve encarar essa limitação como algo compatível com os pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. Em primeiro lugar, o fato de utilização do mandado de segurança, implica na expedição de uma ordem: a ordem mínima adequada como consequência do estabelecimento da certeza do direito consistiria numa conduta de abstenção, por parte do agente público, de qualquer ato contrário ao direito declarado. Em outras palavras: a idéia da necessidade de uma tutela declaratória parece residir numa premissa de que os sujeitos teriam, a seu favor, o benefício da dúvida. Assim, não cumpririam seus deveres porque exerceriam, em sua plenitude, o benefício da dúvida. No entanto, após o estabelecimento da certeza do direito, há a certeza do dever de condução, afastando-se qualquer benefício da dúvida. Esse afastamento do benefício da dúvida deve ser entendido como uma ordem objetiva de conduta conforme os resultados de certeza produzidos por uma tutela declaratória. E isso gera um problema: a tutela declaratória jamais seria simplesmente declaratória? Estaria sempre carregada de uma eficácia mandamental? A solução correta, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo é no sentido de que se deve entender a potencialidade de produção de uma eficácia mandamental numa tutela declaratória. Em termos procedimentais, isso significa que, se a ordem não foi emitida, “ab initio”, isso não

significa que não possa vir a ser emitida no curso do processo cujo objeto seja uma pretensão declaratória. E, mesmo após o trânsito em julgado da sentença declaratória deve-se entender que a emissão de um provimento jurisdicional de natureza mandamental, nos mesmos autos do processo, não pode ser descartada. Isso porque, a rigor, o deslocamento da premissa do “exaurimento do ofício jurisdicional” do fato sentença, ou mesmo no fato da “extinção do processo”, não se coaduna com o pressuposto de efetividade da tutela jurídica mediante a tutela jurisdicional. Por essa razão, o pressuposto teórico do processo civil contemporâneo que rege essa matéria consiste no exercício da tutela jurisdicional à luz da situação fática existente no momento de sua necessidade. Portanto, ainda que tenha uma natureza meramente declaratória, a tutela declaratória encerra eficácia mandamental potencializada, em função da plenitude dos instrumentos e das técnicas processuais. Logo, impõe-se compreender que, em termos de tutela em sentido estrito, há a fungibilidade da tutela, o mesmo ocorrendo com a tutela em sentido amplo, onde há a fungibilidade das técnicas processuais.

Por essas razões, impõe-se compreender que o fato da adoção do mandado de segurança como veículo procedimental de uma tutela declaratória, não descaracteriza sua mandamentalidade, uma vez que, a rigor, haverá uma ordem para a conduta em observância do resultado certeza estabelecido no comando declaratório, com um conseqüente comando sancionador de conduta, o que caracteriza a mandamentalidade, porque a técnica mandamental não significa, tão-somente, sentença mandamental.

4.2.2.1 A mandamentalidade no mandado de segurança, a tutela declaratória, o problema da lei em tese, o ilícito de repetição da lesão e o caráter normativo

Em 16.12.1963, o Supremo Tribunal Federal consolidou sua orientação jurisprudencial, através do enunciado da súmula número 266, no sentido de que: “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Numa concepção inicial,

tendo como exemplo o escólio de Francisco Campos, “[...] a norma em tese é aquela que não produz desde logo, ou pelo simples fato de haver sido editada, as consequências a que ela se destina.”⁴³⁹ O ponto nodal do “momento em que a norma produziria suas consequências seria assim determinado: “Ela somente passa a incidir sobre os indivíduos cuja conduta pretende regular através de atos administrativos que especifiquem ou qualifiquem o destinatário do mandamento, até então concebido em termos abstratos e genéricos”.⁴⁴⁰

Victor Nunes Leal não tem opinião diferente. Após mencionar que o STF tem decidido que não cabe a medida contra lei em tese, assim justifica a sua posição doutrinária: “[...] parece-nos que o não cabimento de mandado de segurança contra a lei em tese não se funda na maior ou menor extensão dessa medida excepcional.”⁴⁴¹ Portanto, o problema do não-cabimento do controle jurisdicional da lei em tese não seria um problema do mandado de segurança. Isso porque, conforme salienta: “Tanto assim que também não se pode pleitear a invalidade em tese de uma lei por ação ordinária. Essa limitação, operante em relação a qualquer processo judicial não importa de que rito, resulta da própria natureza da função jurisdicional”, já que “os órgãos judiciários, na sua atribuição peculiar, julgam ‘in specie’, e só excepcionalmente desempenham funções de caráter normativo”.

Para Celso Agrícola Barbi: “O problema sério não é, porém, o que surge nos casos em que, entre a lei e o impetrante, exista um ato administrativo: a questão grave é quando não existe esse ato de execução da lei e, então, segundo a linguagem corrente no mundo jurídico, se diz que o mandado de segurança ;e requerido contra lei em tese”. Nas pegadas de Fagundes, Celso Agrícola Barbi conclui: “O assunto não é, todavia, específico do mandado de segurança, mas pertence, em verdade, ao campo das ações em geral. Sua freqüente discussão

⁴³⁹ CAMPOS, Francisco. Parecer. *Revista Forense*, v. 155, p. 77.

⁴⁴⁰ CAMPOS, Francisco. Parecer. *Revista Forense*, v. 155, p. 77.

⁴⁴¹ LEAL. Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p.447-448.

naquela via processual decorre apenas de ser ela a mais utilizada das formas de ataque aos atos do Poder Público.”

De fato, embora esse problema apareça com frequência no mandado de segurança, a ponto de haver súmula, de antiga data, mas de reiterada observância, o problema pertence ao campo de cobertura tutela da preventiva e nesse campo deve ser enfrentado.

A dificuldade na delimitação do controle judicial contra lei “em tese” surge exatamente quando se imagina uma tutela jurisdicional organizada como modo de tutela dos direitos voltada para o passado, a exemplo da matriz predominante no modelo processual clássico. Quando se pensa numa tutela voltada contra o ilícito, e, mais de perto, de uma tutela preventiva do ilícito, então toda a concepção de jurisdição formada à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico cede espaço para a concepção da tutela jurisdicional à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo. E essa mudança reflete na concepção da tutela dos direitos mediante atividade jurisdicional, na medida em que a tutela jurisdicional se volta para o futuro.

Portanto, quando se pensa numa tutela jurisdicional voltada para o futuro, não se pode imaginar uma situação em que o direito não existe, ainda, vindo a existir somente no futuro. O direito já existe, além de que há compromisso forte com a sua inviolabilidade, sua conservação e exercício e gozo na forma específica. Logo, o problema que se coloca, então, está localizado no empecilho ao exercício e gozo desse direito na forma específica.

A solução desse problema, porém, não se deve ater a um “ato concreto de uma autoridade administrativa”, porque, a rigor, esse ato concreto não é necessário para caracterizar uma lesão ao direito. Por essa razão, todo o problema da tutela de segurança desloca-se para a tutela do direito, lesado ou ameaçado de lesão, e não contra um “ato”, especialmente, um “ato administrativo”. Porque a tutela de

segurança é tutela dos direitos, na sua forma específica. Assim, para resolver o problema da lesão, permita-se recorrer ao escólio de Calmon de Passos, o qual, com bastante propriedade, afirma que “[...] a efetivação da lesão ao direito subjetivo se concretiza em atos materiais ou em consequências jurídicas [...]”, e, se isso ocorre, “[...] o deferimento da segurança se impõe, descabendo outra qualquer indagação”.

Pronto, eis o parâmetro duplo para a delimitação do momento em que surge a lesão ou a ameaça de lesão: quando da prática de atos materiais ou das consequências jurídicas, porque, a rigor, o mundo jurídico só existe em função das consequências jurídicas. Dizer que uma lei não produz efeitos jurídicos, ninguém diria. Mas, condicionar o interesse processual à “concretização desses efeitos somente mediante a prática de atos materiais”, é permitir que a espada de Dâmocles fique à disposição do Poder Público a seu bel prazer, porque não se pode controlar, judicialmente, uma conduta futura, se essa conduta é meramente expectada. E, aí, a falácia do argumento consistente na distinção entre atividade vinculada e atividade não-vinculada. Se vinculada, a atividade é obrigatória. Logo, caberia o mandado de segurança porque o “ato coator” é esperado, porque o Poder Público “deve” conduzir-se nos termos predispostos na lei violadora dos direitos. Mas se o “ato” não for “vinculado”, não haveria razão para o titular do direito aviar o mandado de segurança. E por quê? Porque não seria certa, ainda, a “violação”. Ora, a violação já ocorreu quando da produção de consequências jurídicas, porque as consequências jurídicas interferem na esfera jurídica de outrem e, dessa forma, surge, pelo menos, o interesse processual na determinação da certeza jurídica quanto a tutela de seu direito. É claro que, nesse caso, a matéria seria somente de direito, e não mera lei em tese.

Por outro lado, o problema do caráter normativo, negado no mandado de segurança, é problema que decorre da excessiva obsessão de sua configuração como tutela dos direitos contra “ato”. A hipótese, é simples: lei municipal que institui o tributo na espécie de imposto predial e territorial urbano, tendo como data

do fato gerador o dia primeiro de cada ano, violadora de direitos. É óbvio que a cada fato gerador, haverá, compulsoriamente, o lançamento, porque se trata de atividade vinculada. Se o lesado impetrar um mandado de segurança, haveria de limitar-se apenas a um lançamento? E os demais, não seria já ilícito de repetição? Então, o mais festejado instrumento de tutela dos direitos não seria hábil para a tutela de segurança contra o ilícito de repetição? Ora, é claro que um raciocínio dessa natureza está apegado ao mandado de segurança como tutela diferenciada construída à luz dos pressupostos teóricos do processo civil clássico. Já não tem nenhuma justificativa, à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo, na medida em que, a rigor, permite-se a cumulação de tutela inibitória, em suas três modalidades, não importando se o ilícito de repetição contra o qual se volta está localizado no tempo em momento razoavelmente distante. O objeto do processo é o mesmo: pretensão processual de tutela de segurança satisfativa nas modalidades em que se voltam contra o ilícito. Dizer que o lançamento dos anos futuros não podem ser objeto de “regulamentação” pela tutela jurisdicional é dizer que o ilícito de repetição não pode ser objeto do mandado de segurança. E isso, é absolutamente inaceitável à luz da dogmática do processo civil contemporâneo, à qual se submete o modo de tutela dos direitos consistente na tutela de segurança satisfativa mediante mandado de segurança. Assim, o problema da exclusão da via do mandado de segurança contra lei em tese parece estar localizado na auto-detenção judicial em relação ao exercício da função jurisdicional em “caráter normativo”, sem uma reflexão mais acurada sobre o que consistiria o eventual “caráter normativo” da função jurisdicional.

Por fim, uma última observação sobre esse problema, para melhor compreensão de uma tutela voltada contra o ilícito voltada para o futuro. Quando se pensa na tutela preventiva, tem-se em mira uma tutela voltada para o futuro. E, quando se pensa numa tutela voltada para o futuro, há uma tendência num sentido de assimilação à “condenação condicional ou para o futuro”. Por essa razão, tudo que se diz em relação à “sentença condenatória”, pretende-se transportar, pura e simplesmente, para o plano da tutela voltada para o futuro. Nesse sentido, veja-se o

escólio de Cândido Rangel Dinamarco: “Condenação para o futuro é aquela que se refere a um *direito reconhecido por existente mas inexigível no momento da prolação da sentença* – ou seja, direito sujeito a termo ou a condição (Virginio Rognoni).” Nessa idéia de condicionamento a um “termo” ou a uma “condição” para o exercício do direito, está inserida num contexto onde “no momento da prolação da sentença existem *empecilhos ao pronto exercício pelo titular*, ou seja, o direito não é exigível (Carnelutti).”⁴⁴² É óbvio que a hipótese de condenação para o futuro atua em campo de cobertura totalmente estranho àquele em que o exercício do direito é pleno, desvinculado de qualquer condição ou termo, e que o empecilho para o seu exercício ocorre exatamente com o ilícito que o priva, total ou parcialmente. Enquanto a condição ou termo é um modo de ser do direito, e, portanto, empecilhos lícitos, não se podem ser comparados com o empecilho ilícito ao exercício do direito. Portanto, quando se pensa numa tutela voltada para o futuro contra o ilícito, não se está pensando em um direito futuro; o direito, é atual, já existe e não pode ser violado. Nada impede que haja uma organização sistemática direito substancial tutelas voltadas para o futuro; o que não se pode é submeter o seu regime ao regime das tutelas em que o condicionamento reveste-se de legitimidade. Por outro lado, mesmo nas hipóteses em que o condicionamento é legítimo, a admissibilidade de uma condenação para o futuro parte de uma situação atual de infração, a justificar que essa infração venha a se repetir no futuro. O que não se tem, atualmente, é a exigibilidade. Portanto, nos casos em que se tem a exigibilidade atual, quer seja da prestação de fato ou da abstenção, como condições para o exercício pleno do direito, em sua forma específica, não se pode estabelecer o paralelo com a atual disciplina da condenação para o futuro a não ser naquilo em que a mesma tem em comum com outras tutelas voltadas para o futuro: expectativa de empecilho ao pleno exercício do direito.

Portanto, não se deve prender à concepção do mandado de segurança como modo de tutela dos direitos voltados contra o ato de autoridade, e, sob esse pálido

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições*, v. III, p. 238.

argumento, justificar uma conveniência na delimitação do objeto do mandado de segurança apenas ao ato, em seu sentido concreto. Porque, a rigor, sob o argumento de que mandado de segurança não pode veicular uma tutela normativa, institui-se uma forma de denegação da justiça, nos casos em que há a probabilidade de repetição do ilícito, impedindo que o ilícito de repetição fique sob o campo de cobertura do objeto do processo instaurado para o exercício do direito.

4.2.2.2 A mandamentalidade no mandado de segurança e os novos problemas do alcance da tutela declaratória

Uma outra questão importante, no que tange ao perfil do mandado de segurança, em seu aspecto contemporâneo, pode ser examinada à luz da tutela declaratória, em razão da certeza quando à existência ou inexistência do direito, para atender aos interesses, não só do impetrante, mas, também, da pessoa jurídica que figura no pólo passivo do mandado de segurança, ou mesmo de terceiros.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que a experiência no trato da eficácia declaratória do mandado de segurança registra insensibilidade sob a égide dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, a exemplo da orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal, numa questão que envolvia a morte do impetrante, no julgamento do Mandado de segurança nº 17.991, ocorrido em 07.05.68, pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, onde atuou como relator o Min. Themístocles Cavalcanti, cuja ementa restou assim vazada:

Mandado de segurança. Falecimento do impetrante. Impossibilidade de habilitação dos herdeiros. Caráter mandamental da sentença concessiva do “writ”. Os efeitos patrimoniais podem ser reclamados pelos herdeiros na via ordinária.⁴⁴³

No voto do relator colhe-se o seguinte argumento:

⁴⁴³ Brasil. STF. 2ª Turma. MS 17.991-SP. Rel. Themístocles Cavalcanti. J. 07.05.68. v.u. Disponível em: <<http://stf.gov.br>> Acesso em 15.04.03.

O mandado de segurança visa a proteção de um direito subjetivo. Com a morte do pretense titular desse direito, não mais se justifica o prosseguimento do feito, porque o que se pede agora são apenas os efeitos patrimoniais que não são protegidos pelo mandado de segurança.

Em 1997, julgando caso idêntico, em que houve o falecimento do impetrante, no curso do processo de mandado de segurança, o mesmo Supremo Tribunal Federal, agora em sua composição Plenária, manteve a antiga orientação, afirmando, novamente, a impossibilidade de habilitação dos herdeiros, pelos mesmos argumentos anteriormente lançados na década de 60:

Habilitação de herdeiros por morte do impetrante. Questão de ordem. - Impossibilidade da habilitação dos herdeiros, dados o caráter mandamental da ação de mandado de segurança e a natureza personalíssima do único direito postulado: a reintegração em decorrência da invalidade do ato de demissão. Precedentes do S.T.F. Pedido de habilitação indeferido, dando-se o processo por extinto sem julgamento do mérito e ressaltando-se aos herdeiros do impetrante as vias ordinárias para a persecução dos efeitos patrimoniais decorrentes da eventual invalidade do ato administrativo de sua demissão.⁴⁴⁴

Deve-se ressaltar que, embora houvesse entendimento no sentido de que os efeitos patrimoniais, decorrentes do mandado de segurança, desde que não pretéritos, fizesse parte do objeto do processo do mandado de segurança, já que os vencimentos a partir da impetração consideram-se acobertados pelo mandado de segurança, conforme art. 1º, da Lei 5.021/66, e, ainda, conforme a Súmula nº 271-Supremo Tribunal Federal. Portanto, o mandado de segurança, em relação aos efeitos patrimoniais, apresenta pelo menos um caráter declaratório, para já não dizer, a rigor, um caráter condenatório, o qual foi negado pela referida decisão, na medida em que optou por orientar-se pela natureza mandamental do mandado de segurança, impedindo seu prosseguimento, remetendo-se os herdeiros para as vias

⁴⁴⁴ Brasil. STF. Pleno. MS 22.130-5-RS. Rel. Min. Moreira Alves. J. 13.03.1997. v.u. DJU 30.05.97. Disponível em: <<http://stf.gov.br>> Acesso em 15.04.03.

ordinárias. É bom lembrar que, nas vias ordinárias, seria discutida a “eventual invalidade do ato administrativo de sua [do “de cujus” impetrante] demissão”. Ora, é um culto assaz extremo ao formalismo, negar a declaração, pelo menos, da validade, ou não, do ato impugnado mediante o mandado de segurança, ainda que se negasse ao mandado de segurança a possibilidade de seu prosseguimento, sob o argumento de que, daí para frente, seria mera “ação de cobrança”. Mas o fato é que o referido mandado de segurança não nascera como ação de cobrança. Portanto, não ofendeu nem o art. 1º da Lei 5.021/66, nem tampouco as Súmulas 269 e 271, ambas do Supremo Tribunal Federal. Por essa razão, o fato da morte do impetrante, por ser um fato superveniente, não poderia retirar do mandado de segurança sua qualidade de tutela adequada dos direitos, porque, a rigor, incide, no caso concreto, a regra contida no art. 462 do Código de Processo Civil.

Para melhor compreensão do trato desse aspecto declaratório, considere-se que, em 10.02.93, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, examinou o problema consistente na solução dada pelo Tribunal Regional Federal, o qual, no julgamento de reexame necessário de mandado de segurança em que havia ocorrido o levantamento de cotas do FGTS, por força de liminar, e, ao final, havia sido concedida a segurança, no mérito, entendeu que o fato do levantamento, implicava em falta de interesse de agir superveniente, razão pela qual extinguiu o processo, sem julgamento do mérito. Essa solução, dada pelo Tribunal Regional Federal, foi julgada inadequada, pelo que se constata da ementa do acórdão prolatado:

“A liberação, por sentença de primeiro grau, de cotas do FGTS em favor de ex-servidores celetistas não prejudica a remessa de ofício, nem o recurso interposto contra a decisão liberalizante. Recurso especial provido, para que o tribunal *a quo* examine o mérito da remessa e da apelação (CPC arts. 267 e 459).”⁴⁴⁵

⁴⁴⁵ Brasil. STJ. 1ª Turma. REsp 30.093-2-CE. Relator Min. Humberto Gomes de Barros. J. 10.02.93. DJU 22.03.93. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

Do voto do Min. Relator Humberto Gomes de Barros, consta, em forma concisa e precisa, o fundamento do acórdão: “Persiste o interesse da Recorrente, em ver deslindado o mérito. Até porque, se a segurança vier a ser denegada, abrir-se-ão oportunidade à recuperação do numerário liberado”.

E, essa tem sido a orientação, quando o interessado na certeza decorrente da sentença de mérito em mandado de segurança é a pessoa jurídica de direito público. Assim, sob o fundamento de que a sentença de mérito no mandado de segurança produzia efeitos, além do seu objeto restrito. Assim, essa orientação foi reiterada no caso que envolvia a superveniência do decurso do prazo para a validade de Certidão Negativa de Débito, obtida mediante liminar em mandado de segurança:

“O decurso do prazo de validade da Certidão Negativa de Débito, expedida por força de liminar, não acarreta a perda do objeto do mandado de segurança. Permanece o interesse do INSS em ver decidida a questão de mérito, pois, caso seja denegada a segurança, teria a autarquia direito a perdas e danos ou de pleitear a anulação dos atos praticados com base na certidão. Recurso provido.”⁴⁴⁶

“O decurso do prazo de validade da Certidão Negativa de Débito, expedida por força de liminar, não acarreta a perda do objeto do mandado de segurança. Permanece o interesse do INSS em ver apreciada a remessa oficial e decidida a questão de mérito, pois, caso seja denegada a segurança, teria a autarquia direito à perdas e danos ou de pleitear a anulação dos atos praticados com base na certidão. Recurso provido.”⁴⁴⁷

Como se vê, nesses casos, o critério para a manutenção do interesse, quanto ao julgamento do mérito, atendia aos interesses da impetrada, a quem o acórdão reconhecia um eventual direito “às perdas e danos ou de pleitear a anulação dos atos praticados com base na portaria”. E, daí, o julgamento do mérito do mandado de segurança.

⁴⁴⁶ Brasil. STJ. 1ª Turma. REsp 248861-SC. Relator Min. Garcia Vieira. J. 23.05.00. DJU 19.06.2000 p. 120. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁴⁴⁷ Brasil. STJ. 1ª Turma. REsp 21185-SC. Relator Min. Garcia Vieira. J. 02.09.99. DJU 11.10.1999, p. 49. <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

No entanto, por não vislumbrar nenhum outro efeito da sentença de mérito, em mandado de segurança, em caso em que uma Portaria superveniente suspendeu e invalidou os efeitos de outra Portaria, a qual tinha sido impugnada mediante mandado de segurança, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça orientou-se no sentido de que o fato da Portaria superveniente implicava na perda do objeto (falta de interesse de agir superveniente) do mandado de segurança:

Por outro lado: “A Portaria nº 93, de 10 de maio 2000, suspendendo os efeitos e invalidando os atos praticados pela Portaria nº 77, de 27 abril de 2000, acarreta a perda do objeto da presente segurança impetrada para manutenção do pagamento dos percentuais relativos aos Planos Bresser e Verão, devidos por força de decisão judicial trânsita em julgado.”⁴⁴⁸

Em um outro caso, no qual poderia vislumbrar efeitos de natureza patrimonial, decorrentes da sentença de mérito em mandado de segurança, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça orientou-se de modo a não perquirir essa eventualidade, preferindo considerar o fato superveniente como determinante da falta de interesse de agir:

“Se o móvel da irresignação era a ocupação, interina, de serventia judicial, até a realização de concurso público, a efetivação deste, com preenchimento da vaga, deixa o pleito sem objeto.”⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰

O mesmo ocorreu no caso de um mandado de segurança, impetrado para impugnar um contrato de fornecimento, o qual continuou durante o curso do mandado de segurança e exauriu, pelo seu cumprimento, antes da extinção do

⁴⁴⁸ Brasil. STJ. 3ª Seção. MS 6968-DF. Relator Min. Fernando Gonçalves. J. em 08.11.00. DJU 27.11.2000 p. 121. Disponível: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁴⁴⁹ Brasil. STJ. 6ª Turma. ROMS 9407-SP, Relator Min. Fernando Gonçalves. J. em 07.16.01. DJU 13.08.2001, p. 265. Disponível: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁴⁵⁰ A particularidade do fundamento da não-nomeação do impetrante, embora fosse o Oficial Substituto mais antigo, e, por isso, preenchia o requisito previsto no § 2º do art. 39 da Lei Federal nº 9.935/94, não chegou a ser examinado, e nem poderia, no julgamento do referido ROMS.

processo do mandado de segurança. No julgamento, pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, foi adotada orientação no sentido de que, o fato do exaurimento do contrato, implicava em perda de objeto do mandado de segurança (falta de interesse de agir superveniente).

“Mandado de segurança impetrado há mais de cinco anos, impugnando contrato de fornecimento. 2. Continuidade do contrato no período de processamento do writ, por força de liminar concedida pelo STF, invalidando a suspensão outorgada pelo STJ. 3. Perda de objeto pelo exaurimento do contrato.”⁴⁵¹

Em resposta aos embargos declaratórios interpostos, o embargante obteve a seguinte resposta:

1. O mandado de segurança é ação que encerra pretensão mandamental de natureza constitutiva.
2. Somente o mandado de segurança preventivo tem natureza declaratória.
3. Ausência de interesse em declarar-se nulidade de contrato extinto.
4. Embargos de declaração rejeitados.⁴⁵²

Ora, não se pode deixar de entrever um tratamento desigual: a tutela declaratória, para os impetrantes, somente seria viável no mandado de segurança preventivo. Já para o impetrado, a tutela declaratória seria viável no caso de julgamento de mérito desfavorável ao impetrante. Não se põe em questão, aqui, que a natureza da sentença que julga improcedente a pretensão do autor, trata-se de sentença declaratória. O que se aponta é a disparidade de critério para admitir a declaratoriedade.

Noutros casos, a não admissão da declaratoriedade vem revestida sob outra carranca: ora a ilegitimidade pela indicação errônea da autoridade coatora; ora pela

⁴⁵¹ Brasil. STJ. EDMS 3463-DF. 1ª Seção. Relatora Min. Eliana Calmon. J. em 23.02.00, DJU 10.04.2000, p. 66. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15.04.03.

⁴⁵² Brasil. STJ. 3463 MS-DF. 1ª Seção. Relatora Min. Eliana Calmon. J. em 23.02.00. DJU 10.04.2000, p. 66. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 15.04.03.

natureza de direito personalíssimo (exercício de função pública). Tudo isso, a rigor, diminui a grandeza do mandado de segurança, como modo de tutela de segurança satisfativa.

Tudo isso ocorre, a rigor, porque a interpretação que se dá ao mandado de segurança é, ainda, o de uma tutela diferenciada, premida pelos pressupostos do processo civil clássico. No entanto, à luz do princípio da plenitude dos instrumentos e técnicas processuais, com a necessidade de flexibilização e plasticidade das tutelas, em especial da tutela de segurança satisfativa, e, mais especialmente, pelo assento constitucional e respeito alcançado pelo mandado de segurança, deve-se abri-lo para a adequação da tutela declaratória, em sua dimensão orientada pelos pressupostos do processo civil contemporâneo.

E, essa abertura, já não fosse pela pressão imposta pela nova dogmática do processo civil contemporâneo, já deveria sê-lo pelo fato de que, a tutela de segurança satisfativa, da qual o mandado de segurança é uma modalidade típica, é uma espécie do gênero tutela de segurança, o qual alberga, também, a tutela de segurança cautelar. E esta, por sua vez, prevê a hipótese de efeitos declaratórios secundários, nos termos do artigo 811, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Bem se vê, por aí, que, num contraste entre as duas espécies, a tutela de segurança cautelar estaria mais aparelhada, sob a ótica da efetividade. Portanto, o mandado de segurança seria, sob esse aspecto deficitário. Porém, esse déficit do mandado de segurança somente ocorre na medida em que o mesmo é mantido sob a pressão do modelo processual clássico. Assim, com a superação desse modelo, resta a necessidade de adequação do mandado de segurança aos pressupostos do processo civil contemporâneo, os quais impõe um trato adequado à tutela declaratória mediante mandado de segurança, a fim de resgatar algo que nunca deveria ter sido retirado desse modelo de tutela de segurança.

4.2.3. Ainda sobre o problema da negação da natureza normativa do mandado de segurança: um déficit em relação à tutela de segurança genérica

O problema que se põe com o advento de uma tutela preventiva genérica está na eventual escolha entre a via preventiva específica e a via preventiva genérica. Esta problemática é mais aguda no que tange ao mandado de segurança. É que, sendo o mandado de segurança uma via preventiva específica, impõe-se revisitar toda a sua construção dogmática à luz do advento da via preventiva genérica. Essa revisitação impõe-se já de início ante o evidente desprestígio de uma via preventiva específica que impusesse restrições inexistentes na via genérica. De modo mais apertado, veja-se o problema em que se vê inserido o mandado de segurança com função inibitória. Se a vítima do ato ilícito puder obter a segurança da preservação de seu direito mediante tutela inibitória preventiva, esvaziando, por assim dizer, o campo próprio de atuação do mandado de segurança, a questão nodal seria: para quê o mandado de segurança?

5. Outras reflexões sobre a superação dos aspectos paradigmáticos do mandado de segurança

5.1 Considerações gerais

A presente contribuição para a construção dogmática da doutrina do mandado de segurança, em seu novo perfil à luz do processo civil contemporâneo, adota a hermenêutica procedimentalista aberta, cujo objeto resta estabelecido em três pontos essenciais: a) o mandado de segurança como um paradigma em si; b) o isolamento da tutela de segurança como resultado da nova dogmática do processo civil contemporâneo; e, c) o processo civil contemporâneo como um novo paradigma caracterizado pelo rompimento total com a ordinariedade.

O primeiro aspecto paradigmático do mandado de segurança consiste em seu “berço constitucional”, o que o caracteriza como um modo de tutela qualificada pela dimensão constitucional. Desse caráter paradigmático do mandado de segurança decorrem dois problemas: a) o problema da natureza do mandado de segurança pelo fato do emprego do vocábulo “mandado” no plano constitucional; b) o problema da limitação da tutela de segurança com o *nomen iuris* “mandado de segurança.”

Uma vez estabelecida a configuração paradigmática do mandado de segurança, resta analisá-la à luz dos pressupostos dogmáticos do novo processo civil.

Em primeiro lugar, resta examinar o caráter paradigmático do mandado de segurança como modo de tutela que rompe com a ordinariedade, superando o déficit apresentado pelo processo civil clássico. Nesse particular, constata-se o desaparecimento do problema enfrentado na construção doutrinária do mandado de segurança quanto à tensão decorrentes a) da proeminência dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, b) sua inadequação para atender certas peculiaridades do direito substancial; e, c) a necessidade de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, mediante a construção de um modo de tutela jurídica aderente às peculiaridades do direito substancial. Isso porque, os pressupostos do processo civil contemporâneo consubstanciam num rompimento ainda mais profundo com a ordinariedade sob a égide da efetividade norteadas pela aderência às peculiaridades do direito substancial.

Logo, a tensão decorrente dos pressupostos teóricos do processo civil clássico para a construção da doutrina do mandado de segurança é substituída pela tensão decorrente dos pressupostos do processo civil contemporâneo para a construção da nova dogmática do mandado de segurança e seu delineamento paradigmático.

O processo civil contemporâneo é caracterizado pela sua construção a partir da superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, como a que se

chegou no caminho percorrido para a aproximação do processo ao direito substancial. É nessa linha que se constata as profundas alterações introduzidas no Direito Processual positivo brasileiro, sob o signo da efetividade da tutela dos direitos, as quais caracterizam-se pela introdução de novos instrumentos processuais adequados para a obtenção dos resultados preordenados pelo direito substancial. Nesse sentido, constata-se o modelo processual positivado pela Constituição de 1988 e as novas tutelas jurisdicionais introduzidas no ordenamento jurídico positivo brasileiro, em especial as que têm por finalidade a tutela do direito na forma específica. A necessidade desses novos instrumentos é fruto da comprovada e inaceitável insuficiência dos instrumentos processuais do Direito Processual clássico para a tutela dos direitos não-patrimoniais e dos direitos patrimoniais que não são realizados adequadamente pela equivalência em pecúnia.

Por essa razão, os novos instrumentos estão assentados em pressupostos teóricos regidos pela necessidade de adoção de técnicas diferenciadas de tutela para a realização dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Dentre os pressupostos teóricos informativos dos novos instrumentos processuais impõe-se destacar a adequação e a efetividade, cujos corolários são os seguintes: o pressuposto teórico consistente no isolamento da categoria do ilícito da categoria do dano, cuja consequência é necessária para a construção de tutelas voltadas contra o ilícito e tutelas voltadas contra o dano; cognição necessária e suficiente; coercibilidade da vontade humana, cuja consequência é a introdução de técnicas coercitivas indiretas (ou mecanismos de indução psicológica); a superação do binômio cognição-execução, cuja consequência é a construção de processos cujos procedimentos permitam a realização das atividades jurisdicionais cognitivas ao lado de atividades jurisdicionais coercitivas diretas (ou executivas em sentido estrito); a superação do princípio *nulla executio sine titulo*, cuja consequência é o descolamento da noção de sanção da noção de sanção executiva patrimonial e a possibilidade de se permitir que outros provimentos jurisdicionais, além da sentença condenatória, se constituam em fatos aos quais se agrega a eficácia executiva; o princípio da primazia da tutela específica, cuja consequência é a construção de

tutelas adequadas à conservação e ao exercício e gozo do direito na forma específica; e o princípio da plenitude dos instrumentos processuais para a tutela dos direitos, cuja consequência é a possibilidade de realização do direito substancial a partir da sua natureza e peculiaridades específicas.

5.2 O problema da construção da doutrina do mandado de segurança à luz da dogmática do processo civil clássico a partir do critério de compreensão da tutela jurisdicional como resultado preordenado no plano do direito substancial

O problema atual da construção da doutrina do mandado de segurança não pode deixar de considerar três fatos: 1) o contexto que limitava a construção da doutrina do mandado de segurança já não mais existe, já que o processo civil contemporâneo também é construído a partir da superação dos pressupostos teóricos do processo civil clássico, com um rompimento ainda mais drástico com a *ordinariedade*; 2) a temática da tutela dos direitos no âmbito da tutela jurisdicional, exigindo sua compreensão a partir dos resultados preordenado no plano da sanção, implica no desaparecimento da justificativa da omissão dessa temática da tutela dos direitos na construção da doutrina do mandado de segurança; 3) o caráter paradigmático assumido pelo mandado de segurança na construção de sua doutrina, deve ser revisitado, pois a tensão que havia entre a inadequação do processo civil clássico para atender às peculiaridades do direito substancial e a necessidade de tutela adequada dos direitos, na qual o mandado de segurança encontrava sua justificativa, deslocou-se, agora, para a tensão entre o caráter paradigmático do mandado de segurança e a dogmática do processo civil contemporâneo. Eis, pois, a localização do problema atual da construção da doutrina do mandado de segurança.

5.3 O problema atual da natureza do mandado de segurança à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo

Na análise do problema da natureza jurídica do mandado de segurança, à luz dos pressupostos do processo civil clássico, constatou-se o ângulo restrito em que o debate sobre a sua natureza jurídica se desenvolvia. Isso porque, à luz do eixo metodológico adotado na investigação da tutela jurisdicional, com a sua compreensão enquanto tutela jurisdicional em sentido amplo [como técnica processual, ou meios processuais de tutela] e enquanto tutela jurisdicional em sentido estrito [resultados preordenados no plano do direito substancial a serem realizados pelo processo], no prisma da análise formulada por Luiz Guilherme Marinoni⁴⁵³ e adotada neste trabalho, constata-se que a discussão em torno da natureza jurídica do mandado de segurança não passava dos termos compreendidos pela tutela jurisdicional em sentido amplo, já que a mesma se restringia aos meios ou técnicas processuais de tutela para a obtenção dos resultados.

Daí porque a discussão sobre a natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental, executiva "lato sensu". Um ângulo visual muito restrito, diga-se de passagem, para um instituto da envergadura do mandado de segurança, considerado sob o aspecto da tutela jurisdicional em sentido estrito, ou seja, os resultados preordenados no plano do direito substancial. Assim, uma assertiva no sentido de que, uma vez afirmada a natureza jurídica do mandado de segurança como "ação", qualquer investigação sobre a mesma seria "mera questão acadêmica", acabava por implicar numa fuga premeditada da problemática essencial de um modo de tutela de segurança, a exemplo do mandado de segurança, consistente no próprio problema da tutela de segurança, em si, enquanto resultado

⁴⁵³ Para Luiz Guilherme Marinoni: "A tutela jurisdicional, em uma determinada perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano do direito material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido." E, "quando se pensa nos meios processuais concebidos pela lei para a tutela do direito material, há, mais propriamente, técnica processual de tutela; quando se tem em consideração o resultado que as técnicas processuais de tutela proporcionam, há, em toda a sua plenitude, uma espécie de tutela jurisdicional prestada" (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, p. 61).

preordenado no plano do direito substancial a ser realizado pelo processo, ou, ainda, enquanto tutela jurisdicional em sentido estrito. Por outro lado, contribuía para encobrir a realidade em que se achava inserido o problema da natureza jurídica do mandado de segurança enquanto um centro convulsivo de ideologias mascaradas por uma cientificidade artificial, em regra decadentes.

Assim, a compreensão da natureza jurídica do mandado de segurança, a partir de sua natureza de ação, em sentido processual, somente seria correta na medida em que se compreendesse, com clareza, que o mandado de segurança era um modo particular de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, em especial com a *ordinariedade* que lhe era peculiar. A falta de clareza sobre um ponto tão essencial fazia com que fossem trazidas para o âmbito de discussão sobre o mandado de segurança questões que não lhe eram pertinentes, porque pertenciam, exclusivamente, ao processo civil clássico, condicionado pelos seus pressupostos teóricos. Portanto, introduzir uma enxurrada de problemas não pertencentes ao mandado de segurança, era uma conduta absolutamente inválida sob o prisma da cientificidade. Pior, ainda, era manter o mandado de segurança limitado numa problemática que não lhe dizia respeito, porque, a rigor, o mandado de segurança rompia com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, já decadentes, na medida em que não atendiam as peculiaridades do direito substancial, carentes de tutela. Por isso, não é de se admirar que, embora houvesse “um esforço para definir a natureza real do mandado de segurança”, não era obtido o seu desiderato, ainda que se mantivesse no campo de cobertura da tutela jurisdicional em sentido amplo os meios ou técnicas processuais de tutela.

Por outro lado, a discussão sobre o problema da natureza jurídica do mandado de segurança ainda encontrava um outro obstáculo: a impossibilidade de manutenção de coerência em razão do binômio *cognição-execução*, ou, conforme advertiu Ovídio Baptista da Silva: “dentro de um esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções apresentem-se misturadas,

separando radicalmente o *conhecimento* e a *execução*.”⁴⁵⁴ Por essa razão, a discussão sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, em termos clássicos, apresentava um caráter de dilema, o qual foi apresentado com muita propriedade por Ovídio Baptista da Silva:

Se seguíssemos a orientação tradicional, reintroduzindo no *processo de conhecimento* as *ações executivas “lato sensu”* e *mandamentais*, a função de *pura declaração* a que este serve é que ficaria prejudicada. Neste caso, para salvar o preconceito de que toda execução é sempre uma execução *por créditos*, violentar-se-ia o processo de conhecimento.⁴⁵⁵

Isso demonstra que é necessário compreender que a construção da doutrina do mandado de segurança, não compreendia a dimensão de seu caráter paradigmático, como modo particular de rompimento com os pressupostos teóricos do processo civil clássico, porque ainda sofria as influências desses pressupostos teóricos. Isso explica a tendência da construção doutrinária do mandado de segurança a partir dos pressupostos do processo civil clássico, buscando estabelecer a natureza jurídica e as classificações à luz do paradigma da *ordinariedade*. Um trabalho hercúleo, é verdade. Porém, sem muito resultado. Por maior contribuição que a discussão sobre esse problema poderia trazer para a Ciência Processual, o fato é que, a rigor, o problema surgia fora do paradigma da *ordinariedade*, razão pela qual a solução apresentada nos moldes do paradigma da *ordinariedade* jamais poderia ser satisfatória. Isso porque, uma solução condicionada pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, implicava, necessariamente, num problema maior que o problema ao qual visava solução. Eis, pois, as condições necessárias para a compreensão de que a “natureza jurídica do mandado de segurança” somente poderia ser compreendida à luz de um novo paradigma, caracterizado pelo rompimento do paradigma representado pelo processo civil clássico. Por essa razão, uma discussão sobre a natureza jurídica do mandado de segurança, assentada no

⁴⁵⁴ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23.

⁴⁵⁵ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23.

pressuposto teórico do binômio cognição-execução, era uma discussão sobre um problema que não pertencia ao paradigma do mandado de segurança. Portanto, deslocada de seu foco central, uma solução fornecida pelo paradigma da *ordinariedade* para a natureza jurídica do mandado de segurança não seria válida, já que criava uma situação-problema maior que o “problema” que visava solucionar.

Assim, o problema atual da investigação sobre a natureza jurídica do mandado de segurança deve considerar a superação do binômio cognição-execução, razão pela qual já não existe o “[...] esquema teórico que pressupõe justamente a impossibilidade de que tais funções apresentem-se misturadas, separando radicalmente o *conhecimento* e a *execução*.”⁴⁵⁶ Portanto, deve-se considerar, fundamentalmente, que o problema atual da investigação da natureza jurídica do mandado de segurança deve ser compreendido à luz dos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo, como rompimento total com os pressupostos teóricos do processo civil clássico.

No delineamento do problema atual da natureza jurídica do mandado de segurança deve-se considerar, de um lado, a questão relativa à tutela jurisdicional em sentido amplo, ou seja, as técnicas de tutela adequadas para a tutela de segurança mediante mandado de segurança, e, de outro, a tutela jurisdicional em sentido estrito, ou seja, a tutela jurisdicional enquanto resultados preordenados no plano do direito substancial.

Considerado sob o prisma da tutela jurisdicional em sentido amplo, o mandado de segurança é um modo de tutela de segurança dos direitos líquidos e certos violados ou ameaçados de violação por condutas desenvolvidas no exercício do poder público, não tuteláveis por outros modos de tutela de segurança específicos.⁴⁵⁷

⁴⁵⁶ SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 23.

⁴⁵⁷ Com isso, não há necessidade de fazer referência à exclusão do “habeas corpus” ou do “habeas data”, modos de tutela de segurança específicos, também criados e organizados na perspectiva da

Por fim, deve-se concluir que a perspectiva dupla a que se submete a compreensão da tutela jurisdicional também oportuniza uma reflexão sobre tutela jurisdicional em sentido estrito mediante mandado de segurança e a tutela jurisdicional em sentido amplo mediante mandado de segurança.

5.4 O mandado de segurança e o concurso com as vias ordinárias potencializadas genéricas: o mandado de segurança e o processo-Sansão-pós-moderno

Ao admitir a existência de uma categoria genérica de tutela mandamental, impõe-se examinar os aspectos do confronto desta categoria com outras específicas, como é o caso do mandado de segurança. De um certo modo, enquanto não se admitia uma categoria genérica de tutela mandamental, negava-se a possibilidade de ocorrer a identidade de objeto imediato entre o mandado de segurança e outra demanda. É que, no mandado de segurança, a eficácia preponderante seria mandamental, enquanto que em outras demandas haveria a preponderância do objeto imediato próprio da técnica condenatória, declaratória, constitutiva ou, ainda, executiva.

O problema da mandamentalidade, porém, parece não se exaurir na eficácia mandamental preponderante. Este parece ser o pensamento de Marinoni, o qual, à luz do art. 461 e 84 do CDC, propõe um “novo conceito” de tutela mandamental. No entanto, conforme esclarece Marinoni,⁴⁵⁸ a “expressão tutela mandamental”, aqui referida, deve ser entendida como “técnica de tutela”, ou “meio para a obtenção do resultado no plano do direito material”. E, aqui, um nó se põe, desde já, na questão da mandamentalidade em Marinoni, porque o conceito de tutela

necessidade de rompimento com o paradigma da ordinaryidade, os quais, a rigor, se submetem aos mesmos parâmetros de análise aqui desenvolvidos.

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*. p. 41.

mandamental, por ele proposto, envolve, necessariamente, *ordem mais coerção indireta*.

Veja-se que, na hipótese em que o fazer seja infungível, é óbvio que impõe-se a adoção de mecanismos coercitivos que atuem sobre a vontade. Por óbvio, impõe-se buscar a caracterização da técnica coercitiva no mandado de segurança para mantê-lo no quadro próprio da mandamentalidade proposta por Marinoni. O exame dessa questão recai sobre a sanção imposta ao agente público que deixa de obedecer a ordem judicial veiculada no mandado de segurança. Para tanto, impõe-se indagar do aspecto da *falta funcional* ou do *crime de responsabilidade* em que incorrem os agentes do Poder Público que não dão cumprimento ao mandado judicial.⁴⁵⁹ Da mesma forma, em se tratando de ameaça de sanção criminal, como meio coercitivo civil indireto. Essa, aliás, a compreensão da mandamentalidade em Marinoni, já que o mesmo admite que o mandado de segurança reveste-se da técnica mandamental, a qual, para ele, consiste de *ordem mais coerção indireta*.⁴⁶⁰

Assim, na medida em que se tornou possível construir um leque de tutela jurisdicional em sentido genérico, com técnicas de tutela também genéricas, e, ainda, quando se instituiu a antecipação de tutela em caráter também genérico, impõe-se considerar o problema do concurso entre o mandado de segurança e as demais ações mandamentais genéricas altamente potencializadas, principalmente em função da possibilidade de tutela antecipada, o que as tornam flexíveis e com plasticidade suficiente para corresponder ao anseio da efetividade. Nesse sentido, considerando-se que restou positivada a teoria das eficácias plúrimas dos provimentos jurisdicionais (sustentáculo da teoria quinária) e a necessária fungibilidade entre as tutelas e as técnicas de tutela (a decisão deve corresponder ao

⁴⁵⁹ Afirma Luiz Eulálio de Bueno Vidigal: “Assentado que os órgãos do Poder Executivo, ou quaisquer autoridades contra as quais se admita o mandado de segurança, não podem, sem falta funcional ou crime de responsabilidade, deixar de dar-lhe cumprimento, torna-se claro que o órgão judiciário concedente do mandado poderá empregar todos os meios de que dispuser para assegurar o seu efetivo cumprimento” (VIDIGAL. Luiz Eulálio de Bueno. *Do Mandado de Segurança*, p. 128).

⁴⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 41.

momento em que é prolatada e não ao momento de sua propositura), com o afastamento do caráter absoluto entre os elementos objeto da demanda (causa de pedir e pedido), faz-se necessário, ainda mais, o exame do aspecto desse concurso mencionado.

Para tanto, vale lembrar o escólio de Sálvio de Figueiredo Teixeira, no sentido de que: “[...] o mandado de segurança apresenta-se como ação civil, de natureza contenciosa, subordinando-se à disciplina do processo civil quanto aos seus pressupostos e condições.”⁴⁶¹ E adverte: “mas não é uma ação como outra qualquer.” Mas, não seria uma ação qualquer, por quê?

Pelas suas peculiaridades, no entanto, apresenta algumas características que a distinguem das demais, especialmente no que tange ao objeto, ao procedimento sumário e ao requisito do direito líquido e certo, violado por ato abusivo (comissivo ou omissivo) da autoridade pública.⁴⁶²

Galeno Lacerda, em outro momento, afirmava:

Trata-se de procedimento sumário, documental e concentrado, dirigido contra a autoridade coatora, e dotado de liminar suspensiva do ato impugnado, decretável pelo Juiz, sempre que relevante o fundamento do writ e puder resultar ineficaz a medida, caso deferida a final (art. 7º da Lei n.º 1.533, de 31.12.51).⁴⁶³

Para Celso Agrícola Barbi, o problema poderia ser resolvido à luz do objeto do mandado de segurança, pois “a determinação do objeto do mandado de segurança deve partir de um duplo ponto de vista: de um lado, coloca-se o direito ameaçado ou lesado, e do outro o ato ameaçador ou lesivo.”⁴⁶⁴

⁴⁶¹ TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: uma visão de conjunto. In: *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 109.

⁴⁶² TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: uma visão de conjunto, p. 109.

⁴⁶³ LACERDA. Galeno. *O Juiz e a justiça no Brasil*, CD DOUTRINAS.

No entanto, há uma concepção generalizada no sentido de que se a ilegalidade pode ser coibida através dos meios processuais ordinários, a estes deve recorrer o prejudicado antes de ingressar na via estreita do mandado de segurança. Sálvio de Figueiredo Teixeira acolhe expressamente esta idéia e ainda explicita que “não se pode aviar o mandado de segurança se há ação hábil à disposição [...] em outras palavras, tomando por empréstimo a lição de Celso Barbi, enquanto nos acasos de outra natureza o interesse de agir se caracteriza pela “necessidade de proteção jurisdicional,” no mandado de segurança a exigência é de “necessidade de acesso pela via específica do mandado de segurança.”⁴⁶⁵

Conforme anota Galeno Lacerda:

Cumpre assinalar que, além do mandado de segurança, os atos da autoridade poderão ser desconstituídos pela via judicial ordinária, caso em que não se exige o requisito de direito líquido e certo, devendo a ação ser proposta contra o sujeito de Direito Público a que pertence a autoridade, admissível a perquirição judicial à análise dos motivos do ato, mesmo que discricionário, segundo jurisprudência pacífica dos Tribunais brasileiros.⁴⁶⁶

Ora, como justificar a necessidade da via estreita ou específica do mandado de segurança quando se tem uma “via ordinária interditalizada”? E mais: uma via “ordinária”, que, por ser interditalizada, já não é mais ordinária. E muito mais: uma via interditalizada potencializada, informada pela plenitude das tutelas em sentido amplo, das técnicas de tutela, com fungibilidade entre as tutelas em sentido amplo, entre as tutelas em sentido estrito, e as técnicas coercitivas? E, por fim, uma via interditalizada também caracterizada pela plenitude das técnicas de cognição. Ou seja: uma via interditalizada, dotada de instrumentos e técnicas de tutela adequadas

⁴⁶⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de Segurança*, p. 91. No mesmo sentido: BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Mandado de segurança preventivo e lei em tese. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio (Coord.). *Do Mandado de Segurança*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996, p. 37.

⁴⁶⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Mandado de segurança: uma visão de conjunto, p. 109.

para a plena efetividade. Daí, uma via interditalizada onde se constrói com liberdade tutela jurisdicional com técnica mandamental genérica conjugada com cognição sumária também genérica? Um menu amplo o suficiente para obter o máximo rendimento do processo e da tutela jurisdicional, ou seja, a plenitude de instrumentos processuais que permite a construção de uma tutela diferenciada para o caso concreto.

Então, a que se reduz a via específica, hoje? Castro Nunes já respondia e essa resposta é válida ainda hoje: “o pedido deve vir desde logo acompanhado dos documentos necessários à prova do alegado. Não se pode admitir que o impetrante ingresse em juízo para fazer, no curso sumaríssimo do mandado de segurança, em que não há dilação, a prova das suas alegações, prova pré-constituída e sempre documental.”⁴⁶⁷

Eis, o ponto nodal da questão: o direito líquido e certo. Por isso, e com razão, Celso Agrícola Barbi afirmava:

Direito líquido e certo. A fixação do conceito dessa expressão, usada na Constituição, é essencial para caracterizar o instituto e definir seu alcance, porque só o direito líquido e certo é amparável por mandado de segurança.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ LACERDA, Galeno. *O Juiz e a justiça no Brasil*, CD DOUTRINAS.

⁴⁶⁷ E, esclarecia Celso Agrícola Barbi: “A expressão surgiu na já mencionada doutrina brasileira do habeas corpus, mas não alcançou, então, definição precisa. Depois de muitas indecisões, e superada a corrente que considerava líquido e certo o direito claro, evidente, indiscutível, prevalece, atualmente, a concepção que parte da construção do Min. Costa Manso. Segundo ele, o direito subjetivo da parte é constituído por uma relação entre a lei e o fato. A lei é sempre certa, não podendo o Juiz deixar de decidir mesmo em caso de obscuridade dela. Os fatos, em que se funda o direito subjetivo, é que devem ser certos, sem o que o direito subjetivo que decorre deles não poderá ser protegido pela via do mandado de segurança. Conclui aquele Ministro que, desde que o fato seja certo e incontestável, resolverá o Juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou negar o mandado de segurança (BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais*).

⁴⁶⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. CD DOUTRINAS.

Parte da doutrina inclina-se para a compreensão do direito líquido e certo como categoria processual.⁴⁶⁹ Conforme anota Ovídio Baptista da Silva:

O que a ciência jurídica costuma indicar como ‘direito certo’ ou ‘direitos verossímeis’ ou ‘direitos líquidos’, são categorias que dizem respeito ao processo: São conceitos próprios do direito processual. Na dimensão do processo é que os direitos podem apresentar-se como “incertos” ou “ilíquidos”, no sentido de incontrovertidos. Não há, no plano do direito material, essa categoria de direitos. Na dimensão do processo é que os direitos podem apresentar-se como “incertos” e que, por serem dificilmente demonstráveis, se apresentem como “ilíquidos”, quer dizer, “contestáveis”.⁴⁷⁰

E outra não é a opinião de Cândido Rangel Dinamarco:

Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza para as decisões nunca passa de mera *probabilidade*, variando somente o grau de probabilidade exigida, inversamente dos limites toleráveis dos riscos. E isso transparece no processo de conhecimento especialmente (embora não apenas) no tocante as *questões de fato*.⁴⁷¹

Por essa razão, Celso Agrícola Barbi conclui:

Natureza jurídica. A opinião dominante é que o mandado de segurança, do ponto de vista processual, é um procedimento sumário, documental, através do qual podem ser utilizadas ações de conhecimento condenatórias, declaratórias ou constitutivas, havendo maior número de casos desta última espécie.⁴⁷²

⁴⁶⁹ Registre-se que Alfredo Buzaid compreendia a categoria do direito líquido e certo direito líquido e certo pertencente ao direito material: [...] direito líquido e certo pertence à ordem jurídica material, não podendo tal categoria ser conceituada como ‘tipicamente processual [...]’. Mandado de segurança é voz isolada, sem força de convencimento, porque a certeza é objeto de cognição judicial, isto é, de uma atividade jurisdicional.

⁴⁷⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 2, p. 370.

⁴⁷¹ DINAMARCO. Cândido Rangel. *A Instrumentalidade*, p. 238.

⁴⁷² BARBI, Celso Agrícola. *Proteção processual dos direitos fundamentais*. CD DOUTRINAS.

Essa pluralidade de eficácias já não é mais um signo específico do mandado de segurança, porque hoje o princípio da plenitude, em seu potencial construtivo, implica na pluralidade de eficácias nos provimentos jurisdicionais, independentemente da teoria adotada amoldar-se à trinária contemporânea ou a quinária contemporânea. É um imperativo lógico da dogmática processual civil contemporânea.

Mas não é somente sob o prisma da pluralidade das eficácias dos provimentos que o problema se põe. Isso porque, já na perspectiva da ação de direito material, ou seja, o direito material, que aparece tanto na causa de pedir quanto no pedido mediato, o problema da pluralidade aparece no mandado de segurança, não mais como mera pluralidade de eficácias, mas, sim, como grupo de demandas heterogêneas, conforme bem adverte Ovídio Baptista da Silva:

[...] o mandado de segurança, tal como nós o praticamos hoje, constitui um grupo de demandas nem sempre homogêneas, e não, como se poderia supor, apenas uma ação especial. O fenômeno é comum, e até poderia dizer natural, em processo civil. Dá-se o mesmo com a ação de despejo, dentro de cujo grupo ocorrem diversidades importantes, que as tornam às vezes a tal ponto diferentes umas das outras que o peso de suas eficácias se torna diverso.⁴⁷³

De fato, o mandado de segurança constitui-se num grupo heterogêneo de demandas, porque, a rigor, o mandado de segurança não se amolda a uma espécie de tutela, visto sob o ponto de vista do resultado a ser obtido no plano do direito substancial, nem mesmo amolda-se a uma espécie de técnica processual de tutela. No que tange à técnica de tutela, importa ressaltar que o mandado de segurança nem sempre apresentará eficácia mandamental, na medida em que o conceito de tutela mandamental restringe-se à *ordem mais coerção indireta* (multa ou prisão).

⁴⁷³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. 2, p. 370.

Nessa linha de consideração, importa reconhecer, com Kazuo Watanabe,⁴⁷⁴ referindo-se ao mandado de segurança, que “não extraímos, ainda, todas as conseqüências possíveis dessa ação constitucional.” De fato, para Watanabe, o mandado de segurança afigura-se como típica tutela jurisdicional *potenciada*, indócil à limitações de ordem doutrinária ou mesmo legais. Um paradoxo que se apresenta: se, de fato, nem mesmo haviam sido extraídas as conseqüências do mandado de segurança, enquanto tutela qualificada pelo assento constitucional, seu exame à luz das novas tutelas jurisdicionais implica já num sério questionamento.

Luiz Guilherme Marinoni, em terminologia mais contemporânea, ao referir-se ao mandado de segurança afirma:

O procedimento do mandado de segurança configura uma tutela jurisdicional eficaz porque: i) desemboca em uma sentença que “executada provisoriamente”; ii) admite a tutela antecipatória; e iii) é construída através da técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*.⁴⁷⁵

Mas, o que é o mandado de segurança senão uma tutela diferenciada típica quando o modelo genérico correspondia ao processo civil clássico, com sua matriz inflexível da ordinariedade. E, o que é uma tutela diferenciada? Ora, uma tutela diferenciada é uma tutela jurisdicional aderente às peculiaridades do direito material. E o que é o processo civil contemporâneo senão um processo aberto ao plano do direito substancial?

Então, qual a correspondência de uma tutela diferenciada com a “via ordinária”? Dinamarco crê que está “localizado na cognição sumária o fator que caracteriza a tutela jurisdicional diferenciada.” Vai ainda mais longe para concluir que “em substância o que há de particular nesses casos é o *processo* e não a tutela

⁴⁷⁴ WATANABE, Kazuo. Seminário “O CPC e as suas recentes alterações” - tutela antecipada e específica e obrigações de fazer e não fazer. Disponível em <http://acta-diurna.com.br/doutrina/cpc>. Acesso: 15.04.2003.

⁴⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. p. 302.

em si mesma.” Daí porque: “Esta é diferenciada somente pela maior *celeridade* na oferta de resultados, porque os resultados oferecidos são substancialmente os mesmos que se poderiam obter por outras vias.” A conclusão lógica, nessa linha de raciocínio: “O processo em si mesmo é que apresenta elementos estruturais internos peculiares e, portanto, *diferenciados*.”⁴⁷⁶

E então, quanto ao mandado de segurança? Cândido Rangel Dinamarco responde: “O processo de mandado de segurança é diferenciado pelas significativas limitações a que a sua cognição está sujeita, seja no plano vertical, seja no horizontal, mas a sentença que ele produz não difere das que se podem obter pelas vias ordinárias (condenatória, mandamental, etc.: CPC, Art. 461 e LMS, Arts. 15-16)”.⁴⁷⁷

O ponto nodal do raciocínio de Dinamarco vem revelado no aspecto da “substancial equivalência funcional entre as tutelas jurisdicionais diferenciadas e as ordinárias”.⁴⁷⁸ E, ainda, essa “substancial equivalência funcional” consistiria na “razão pela qual na maioria dos casos se faculta ao demandante a opção entre umas e outras, sabendo-se que diferem as instrumentações técnico-processuais mas coincidem os resultados substanciais possíveis.”⁴⁷⁹

O problema exige compreensão do que se entende por novas tutelas jurisdicionais. A remissão ao art. 461 do Código de Processo Civil é inevitável. A rigor, é no art. 461 que se encontra o fundamento para a construção das novas tutelas jurisdicionais. Portanto, tornou-se oportuno, a introdução das novas tutelas jurisdicionais, no sistema jurisdicional pátrio pelas recentes reformas das leis processuais.

⁴⁷⁶ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*. v. III, p. 735.

⁴⁷⁷ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*. v. III, p. 735-736.

⁴⁷⁸ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*. v. III, p. 736.

⁴⁷⁹ DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições*. v. III, p. 736.

A propósito dessas reformas, José Carlos Barbosa Moreira,⁴⁸⁰ após constatar, no pós-reforma, a existência de otimistas e pessimistas inveterados, aponta a melhor postura a ser adotada pelos juristas, a qual corresponde à sábia advertência de que a virtude não está nos extremos, mas no meio. Mas qual é o ponto médio de um sistema com plasticidade ímpar, flexibilizado, pleno de instrumentos, tutelas e técnicas processuais, e altamente comprometido com a efetividade no plano do direito substancial? Parece que o ponto médio é o da ampla permissão de construção de modelos adequados e, a adequação, deve ser aferível à luz dos resultados preordenados no plano do direito substancial. Isso pode parecer anárquico. Talvez, quiçá, caótico. Mas é bem a expressão pós-moderna, surgida de uma tensão entre a necessidade de desconstrução e a necessidade de construção, onde o sujeito constrói o objeto limitado apenas ao critério da adequação relativa, ou seja, para o momento em que o objeto foi criado.

5.5 A técnica processual no mandado de segurança à luz do princípio da plenitude dos instrumentos processuais e da flexibilização da tutela jurisdicional como instrumento da adequação da tutela jurisdicional dos direitos à luz da realidade fática e social – a questão da infungibilidade

Conforme visto alhures, o texto constitucional, em sua essência, assegura uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, abrangente tanto das situações processuais quanto das substanciais, consoante já apregoadado por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe.⁴⁸¹

⁴⁸⁰ José Carlos Barbosa Moreira, afirma que: “Entre esses dois extremos, deve haver lugar para uma avaliação menos pretensiosa, que se satisfaça com verificar que a reforma legislativa abre, aqui e ali, perspectivas de melhora - parcial, sem dúvida; modesta, se quiserem -, e que jamais se esqueça de que algum progresso, pequeno que seja, é sempre melhor que nenhum (BARBOSA MOREIRA. José Carlos. *Miradas sobre o processo civil contemporâneo*, p. 147).

⁴⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias*, cit., p. 158; WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 27 e *Controle*, cit. p. 28-38.

A qualificação da tutela jurídica impõe a diminuição da margem de liberdade ao legislador do direito processual no que tange a preordenação dos instrumentos processuais, à medida em que o direito material exige uma tutela adequada por força de comando constitucional. Nesse sentido, a dimensão constitucional do direito e da justiça passam a exigir técnicas e soluções específicas do direito processual, mas adequadas às exigências próprias do direito material. Assim, não é qualquer técnica ou solução do direito processual que deverá ser adotada, mas as técnicas e soluções específicas do direito processual que revestirem-se da necessária aptidão para a realização do direito material. Vale dizer, as técnicas e soluções próprias do direito processual devem produzir os resultados adequados às exigências do direito material. Neste sentido, pode-se compreender a existência de modelo processual constitucional dotado de todos os instrumentos processuais adequados para a realização dos direitos.⁴⁸²

Assim, pode-se concluir pela existência de um princípio constitucional consistente na plenitude dos instrumentos processuais, o qual tem o condão de municiar o modelo processual de instrumentos, técnicas e soluções processuais, adequadas à proteção efetiva do direito, pelo que, não se deve aceitar a permanência de instrumentos, técnicas e soluções processuais específicas inadequadas. No entanto, não basta sustentar a existência da plenitude dos instrumentos processuais no plano da tutela jurisdicional, faz-se necessário, também, compreender que estes instrumentos processuais estão preordenados à luz da necessária flexibilização da própria tutela jurisdicional.

A necessidade de uma tutela mandamental já encontrou justificativa na modalidade do fato infungível. Ovídio Baptista da Silva chama a atenção para o fato de que a *ação para a realização do direito*, ou seja, a *ação de direito material*, assim

⁴⁸² A perspectiva da dimensão constitucional do direito e da justiça permitiu a Kazuo Watanabe afirmar, com inteira razão, que: “Esse raciocínio é válido tanto no plano material, para se entender existente um direito a ser tutelado, como no processual, para se concluir pela presença de instrumentos processuais adequadas à proteção efetiva do direito” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*, p. 29).

entendida *toda conduta tendente a realização do direito do demandante*, encontra obstáculo no fato da infungibilidade:

Pois bem: com relação às ações mandamentais, seja porque esse agir corresponda a uma atividade pessoal infungível que somente o demandado poderia livremente realizar, seja em virtude de uma outra circunstância, a realização efetiva da pretensão faz-se através de uma ordem cogente, constando do mandado judicial nascido da sentença. É o que acontece, por exemplo, com o mandado de segurança.⁴⁸³

Para Ovídio Baptista, *a ação de direito material* ou seja, *o agir para a realização* no âmbito da administração pública amoldar-se-ia à hipótese de *ato infungível*, justificando-se, desse modo, uma ordem cogente tendente a influir sobre a vontade do agente público.

Ovídio Baptista da Silva, antes da reforma inovadora introduzida pela Lei 8.952/94, visualizava a infungibilidade ao ato de autoridade, quando, embora não tratando exatamente desse assunto, acenava com essa infungibilidade para justificar a natureza mandamental da tutela que ordenava um fazer ou não fazer, em sede de mandado de segurança, justificando-se, desse modo, uma ordem tendente a influir sobre a vontade do agente público: “Pois bem: com relação às ações mandamentais, seja porque esse agir corresponda a uma atividade pessoal infungível que somente o demandado poderia livremente realizar, seja em virtude de uma outra circunstância, a realização efetiva da pretensão faz-se através de uma ordem cogente, constando do mandado judicial nascido da sentença. É o que acontece, por exemplo, com o mandado de segurança.”⁴⁸⁴

Em seguida, afirmava:

⁴⁸³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 354.

⁴⁸⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 354-355.

Digamos que o titular do direito busque, através de uma ação de mandado de segurança, o reconhecimento judicial de seu direito a ser investido no cargo para o qual fora aprovado em concurso público. Nessa hipótese, a sentença que concluir pela procedência da ação limitar-se-á a determinar a expedição de um mandado, *ordenando* que o órgão correspondente da administração pública dê posse ao autor no cargo para o qual fora este selecionado em concurso. O juiz, por meio de seus auxiliares, não poderá, em tal caso, realizar (*praticar a ação de direito material correspondente*) o direito reconhecido na sentença. A infungibilidade do ato de dar posse ao servidor público torna inviável a realização direta, por parte do juiz, do direito reconhecido na sentença.”⁴⁸⁵

No entanto, é forçoso reconhecer que essa infungibilidade é de natureza jurídica. Por essa razão, deve-se afastar a proeminência da infungibilidade, mediante a supremacia do poder jurisdicional para a tutela dos direitos violados pelo Poder Público, desalojando-a da confortável posição que hoje ocupa, amparado por princípios que não tutelam os interesses dos administrados.

5.6 Legitimidade passiva: o problema da autoridade coatora – o seu papel no processo da tutela de segurança

Um dos aspectos paradigmáticos do mandado de segurança, formado à luz do processo civil clássico, consiste em estabelecer a legitimidade passiva para o mandado de segurança e, nesse contexto, a autoridade coatora como elemento central na definição do seu perfil, o qual tem sido a origem de uma série de controvérsias, dentre as quais, aqui interessam: a necessidade, ou não, de comunicação do ato processual à pessoa jurídica à qual pertence; e, a qualidade da posição da autoridade coatora na relação jurídica processual, instaurada por força da impetração do mandado de segurança.

Conforme advertiu Celso Agrícola Barbi, essas controvérsias estão assentadas em duas causas: o “equivoco dos nossos intérpretes” pela “[...] falta de exame das origens e dos motivos da forma processual adotada para o processo de mandado de

⁴⁸⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, p. 354-355.

segurança”;⁴⁸⁶ e, b) “a imprecisão legislativa, com conseqüentes reflexos na doutrina e na jurisprudência.”⁴⁸⁷

Pode se constatar que o problema tem sua raiz no próprio texto da Lei 1.533/51, a qual faz referência à necessidade de “notificação da autoridade coatora” (art. 7º, inciso I), omitindo-se, entretanto, quanto à necessidade de comunicação do ato processual à pessoa jurídica de direito público,⁴⁸⁸ à qual a mesma pertenceria.

Nas experiências legislativas que precederam a Lei 1.533/51, a opção do legislador apontava para outras soluções. A Lei n.º 191/36, em seu art. 8º, §1º, letra “a”, determinava a “citação da Autoridade Pública”, apontada como coatora, por oficial de justiça ou por carta precatória, à qual deveria ser entregue a segunda via da petição inicial acompanhada das cópias dos documentos. Nos termos do § 1º, letra “b”, do mesmo artigo, cumpria ao juiz determinar o imediato encaminhamento, *por ofício*, em mãos do oficial do juízo ou pelo correio, sob registro, ao representante judicial, ou, na sua falta ao representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na causa, a terceira via da petição inicial com a respectiva cópia dos documentos.

Já o Código de Processo Civil de 1939 delineou um procedimento em que a autoridade coatora era notificada para prestar informações e o representante legal

⁴⁸⁶ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 124.

⁴⁸⁷ Para Celso Agrícola Barbi: “No sistema da lei n.º 191, o juiz mandava encaminhar ao representante legal da pessoa jurídica de direito público, e ao coator, cópia da inicial e dos documentos, fixando prazo de dez dias para as informações e para a contestação. A lei 1.533 apenas manda notificar a autoridade coatora, para prestar informações, enviando-se-lhe, para esse fim cópia da inicial e dos documentos. Nenhuma referência faz à pessoa jurídica de direito público.” [...] Essas modificações trazidas pela lei atual, silenciando quanto à citação da pessoa jurídica de direito público, prazo e forma para sua defesa, criaram ao intérprete o difícil problema de apurar se houve simples omissão ou modificação mais ou menos ampla na estrutura e na natureza íntima do processo” (*Do mandado de segurança*, p. 122).

⁴⁸⁸ Por força do art. 5º, LXIX, da CF/88, também as pessoas jurídicas de direito privado, quando no exercício de atribuição do poder Público.

ou judicial da pessoa jurídica de direito público citado, os quais tinham o prazo de dez dias para prestar informações e para a contestação.⁴⁸⁹

O problema da necessidade, ou não, de comunicação do ato processual à pessoa jurídica, deve ser equacionado à luz do ordenamento jurídico no sentido de se exigir a comunicação do ato processual. A solução nesse sentido poderia ter sido adotada, desde o início, na medida em que o art. 6º, da Lei 1.533/51, estabelecia como requisitos da petição inicial do mandado de segurança, aqueles prescritos nos artigos 158 e 159, do então vigente Código de Processo Civil de 1939, o qual estabelecia no inciso VI do art. 158, o “requerimento para a citação do réu” como requisito da petição inicial. Portanto, o problema residia na definição de quem seria parte legítima passiva, para ocupar a posição de réu no mandado de segurança. Essa, sim, a grande questão.

A Lei 4.348, de 26.6.64, estabeleceu no art. 3º, que “as autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinada e ao Procurador-Geral da República, ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificadorio, assim como indicações e elementos necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo.” Num quadro de deficiência legislativa, bem que poderia ser extraído dessa Lei a solução adequada para o caso: primeiro, a compreensão de que haveria uma “entidade coatora”, pois essa lei refere-se expressamente a “entidade apontada como coatora”; segundo, porque estabelece, de forma clara, que “as autoridades administrativas” remeterão cópia autenticada do mandado notificadorio,

⁴⁸⁹ Código de Processo Civil de 1939.

Art. 322. Despachando a petição inicial, o juiz mandará:

I - Notificar o coator, mediante ofício entregue por oficial de justiça e acompanhado da 3ª via da petição inicial, instruída com as cópias dos documentos, a fim de prestar as informações no prazo de dez (10) dias.

II - Citar o representante judicial, ou à falta, o representante legal da pessoa jurídica de direito público interessada na ação.

assim como indicações e elementos necessários às providências a serem tomadas”. E, quais providências? Duas: “eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo”. Ora, desse dispositivo resulta que a “defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo” não competia à autoridade apontada como coatora, mas à pessoa jurídica. No entanto, se a pessoa jurídica não foi citada, não adquiriu a condição de parte, logo, não poderia oferecer a defesa. É óbvio que um raciocínio que concluísse pela dispensa de citação da pessoa jurídica de direito público, nem considerava a hipótese prevista no art. 7º da Lei 1.533/51, que mandava aplicar a regra do art. 158, inciso VI, o qual estabelecia a citação do réu, como um dos requisitos da petição inicial.

Hely Lopes Meirelles admitia a dispensa de citação, mas afirmava: “A dispensa da citação conquanto constitua uma anomalia processual encontra justificativa na necessidade de simplificação e celeridade do processo.”⁴⁹⁰ Alfredo Buzaid preferia compreender na obrigatoriedade imposta pela Lei 4.348/64, algo mais que uma necessidade de comunicação interna, no plano administrativo, mas, sim, um equivalente processual da citação.⁴⁹¹ Assim, a referida Lei teria estabelecido à autoridade impetrada, indicada como coatora, uma função de servir de órgão de citação da pessoa jurídica de direito público. Há quem tenha visto na solução aventada por Alfredo Buzaid uma impropriedade, por entender que a Lei havia estabelecido a necessidade de comunicação somente no caso de concessão de liminar. Noutros casos, não haveria a necessidade de comunicação. Portanto, a Lei não havia solucionado o problema de forma adequada, pois o atingiu apenas em parte.

⁴⁹⁰ Afirmava: “Quanto aos efeitos patrimoniais da decisão final, serão suportados pela fazenda pública atingida pelo ato do coator esteja ou não representada no processo. Em face desta situação processual estabelecida pela lei, ficou dispensada a citação da fazenda pública, bastando a notificação da autoridade apontada como coatora para instauração da lide. A dispensa da citação conquanto constitua uma anomalia processual encontra justificativa na necessidade de simplificação e celeridade do processo do mandado de segurança” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança*, 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56).

⁴⁹¹ BUZAID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, v.1. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 182.

Em que pesem as divergências, o Superior Tribunal de Justiça vem confirmando a tese de Alfredo Buzaid no sentido de que: “no mandado de segurança, notificada a autoridade coatora, compreende-se que foi citada a pessoa jurídica à qual pertence aquela, não sendo necessário específico ato citatório da entidade pública.”⁴⁹²

Como já afirmara Celso Agrícola Barbi,⁴⁹³ o problema da autoridade coatora insere-se num problema mais amplo, qual seja: desvendar quem seja a parte passiva no mandado de segurança. E esse problema, segundo o mesmo autor, deriva da “imprecisão legislativa, com conseqüentes reflexos na doutrina e na jurisprudência.”⁴⁹⁴ Nesse ponto, constata-se na doutrina, dois posicionamentos: o primeiro, que propugna pela posição da autoridade coatora como sujeito passivo do mandado de segurança, reconhecendo-se-lhe a titularidade, a legitimidade passiva *ad causam*, ou seja, a condição de parte legítima passiva, contando com adeptos como Alfredo Buzaid, Hely Lopes Meirelles,⁴⁹⁵ Adilson Dallari, Sebastião de Souza, Lopes da Costa, Ari Florêncio Guimarães, Hamilton Moraes e Barros.⁴⁹⁶

⁴⁹² Brasil. STJ. EDREsp. n. 50.164-2-PE. 1ª Seção. Rel. Min. Milton Luiz Pereira, mv, j. 05.12.95. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/webstj/>. Acesso em 15.04.2003.

⁴⁹³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 122.

⁴⁹⁴ Para Celso Agrícola Barbi: “No sistema da lei n.º 191, o juiz mandava encaminhar ao representante legal da pessoa jurídica de direito público, e ao coator, cópia da inicial e dos documentos, fixando prazo de dez dias para as informações e para a contestação. A lei 1.533 apenas manda notificar a autoridade coatora, para prestar informações, enviando-se-lhe, para esse fim cópia da inicial e dos documentos. Nenhuma referência faz à pessoa jurídica de direito público.” [...] Essas modificações trazidas pela lei atual, silenciando quanto à citação da pessoa jurídica de direito público, prazo e forma para sua defesa, criaram ao intérprete o difícil problema de apurar se houve simples omissão ou modificação mais ou menos ampla na estrutura e na natureza íntima do processo” (*Do mandado de segurança*, p. 122).

⁴⁹⁵ Hely Lopes Meirelles afirma que: “o impetrado é a autoridade coatora, e não a pessoa jurídica ou o órgão a que pertence [...] A autoridade coatora será sempre parte na causa” (*Mandado de segurança*, p. 54-56).

⁴⁹⁶ Conferir em: LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 414.

O segundo, que propugna pela atribuição da condição de parte legítima passiva *ad causam* à pessoa jurídica de direito público ou privado, reservando à autoridade coatora a posição de órgão público, ou seja, órgão da pessoa jurídica, o qual atua em nome desta, a exemplo de Castro Nunes,⁴⁹⁷ Sérgio Ferraz,⁴⁹⁸ Adhemar Ferreira Maciel,⁴⁹⁹ Eduardo Arruda Alvim,⁵⁰⁰ Eduardo Ribeiro,⁵⁰¹ Carlos Mario da Silva Velloso,⁵⁰² Celso Agrícola Barbi,⁵⁰³ Fredie Didier Júnior,⁵⁰⁴ Lúcia Valle Figueiredo,⁵⁰⁵ Marco Aurélio Greco, Celso Bastos, Seabra Fagundes, Pires dos Santos, Themístocles Brandão Cavalcanti.⁵⁰⁶

⁴⁹⁷ NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 87.

⁴⁹⁸ Para Sérgio Ferraz: “é a pessoa jurídica de Direito Público que vai suportar os efeitos defluentes da ação. Ela sequer é litisconsorte necessária da autoridade coatora, eis que esta, pelos motivos já expostos, não é parte” (FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 54-55).

⁴⁹⁹ Adhemar Ferreira Maciel: “Os órgãos são, na verdade, como diz Gierke, *fragmentos* da pessoa jurídica. E a pessoa jurídica, quando expressa sua vontade, quando age o faz por meio de seus órgãos” (Observações sobre autoridade coatora no mandado de segurança, *Revista dos Tribunais*, n. 618, p. 20).

⁵⁰⁰ Eduardo Arruda Alvim: “A autoridade coatora – é importante fixar desde logo essa idéia – atua em nome da pessoa jurídica, como órgão desta. Parte passiva no mandado de segurança é a pessoa jurídica (de Direito Público, no mais das vezes)” (*Mandado de segurança no direito tributário*, p. 64).

⁵⁰¹ Eduardo Ribeiro: “A razão está com aqueles que entendem que parte é a pessoa jurídica. Não pode haver dúvida de que a autoridade, agindo como tal, oficia como órgão da pessoa jurídica. O ato, por conseguinte, é impugnável a esta. Os órgãos não têm personalidade jurídica.” Sobre os órgãos, afirma Celso Antonio Bandeira de Mello: “nada mais significam que os círculos de atribuições, os feixes individuais dos poderes funcionais repartidos no interior da personalidade estatal e expressados através dos agentes nele providos” (Recursos em mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Mandados de segurança e de injunção*, p. 28).

⁵⁰² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Mandado de segurança*, RDP 55-56/333 a 340.

⁵⁰³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 125.

⁵⁰⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. Natureza jurídica das informações da autoridade coatora no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*, p. 369.

⁵⁰⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54.

⁵⁰⁶ Conferir os demais citados em: LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança, p. 414.

Conforme adverte Lucia Valle Figueiredo, “a parte passiva, o sujeito passivo do mandado de segurança, realmente seria quem devesse suportar os ônus decorrentes da concessão da ordem.”⁵⁰⁷⁻⁵⁰⁸ E acrescenta, “deveras, sempre que houver concessão de ordem, quem efetivamente suportará os ônus, os incômodos, dessa concessão será o sujeito passivo do mandado de segurança,”⁵⁰⁹ ou seja, a pessoa jurídica.

Já a “autoridade coatora é quem pratica o ato, causa constrangimento ilegal, e, por isso, chamada é ao mandado de segurança somente para prestar informações.”⁵¹⁰ A “autoridade coatora é sempre quem tem poder de decisão, poder de determinar algo que possa vir a provocar constrições a quem se sujeita à Administração.”⁵¹¹ E mais, “todos aqueles que estão em atividade pública e que têm, por isso mesmo, condições de constranger, porque a Administração Pública detém o chamado poder extroverso, tal seja, o poder de constranger alguém desde logo, sem necessidade do judiciário, todos esses podem se investir na qualidade de autoridades coatoras.”⁵¹²

Afirma João Batista Lopes, com propriedade, que “não se mostra convincente a tese de que a parte passiva seja a pessoa física do funcionário autor do ato impugnado, porque ele não praticou o ato em nome próprio, mas como *presentante*, e não representante da pessoa jurídica, consoante a precisa lição de Pontes de

⁵⁰⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 54.

⁵⁰⁸ Cfme. anota Celso Agrícola Barbi: “A solução de Pontes De Miranda, ao afirmar que o mandado de segurança é impetrado contra o órgão e não contra a pessoa jurídica de direito público, mas que esta é a demandada, constitui um modo de ladear o problema, e não de resolvê-lo, pois afinal não se fica sabendo quem seja realmente a parte passiva. Daí não podemos aceitar suas conclusões” (*Do mandado de segurança*, p. 125).

⁵⁰⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 54.

⁵¹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 55.

⁵¹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 58.

⁵¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 58.

Miranda.” E complementa: “o ato praticado por um dos órgãos é ato do próprio organismo. Assim, a pessoa jurídica de direito público a que pertence a autoridade deve responder pelo ato praticado por esta, que é parte integrante daquela.”⁵¹³

O Superior Tribunal de Justiça também vem adotando o entendimento no sentido de que “a pessoa jurídica de direito público a suportar o ônus da sentença proferida em mandado de segurança é parte legítima, por ter interesse direito na causa.”⁵¹⁴ E mais, “o processo de mandado de segurança tem como partes, de um lado, o Impetrante e de outro, o Estado. Nele, a denominada ‘autoridade coatora’ atua como órgão anômalo de comunicação processual.”⁵¹⁵

Portanto, a autoridade coatora não é parte, tem apenas o dever de prestar as informações, já que foi quem praticou o ato abusivo ou ilegal. Parte, sujeito passivo no mandado de segurança, será a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, delegada ou concessionária de serviço público, aquela que, de fato, irá sofrer os ônus da concessão da segurança.

Deve ser levado em conta, também, as circunstâncias que envolvem o ato praticado por delegação da autoridade coatora. Não há dúvida de que, observados os requisitos legais, a autoridade pode delegar sua competência (?) para a prática de determinados atos. No caso de violação ou ameaça de violação a direito líquido

⁵¹³ LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*, p. 416-417.

⁵¹⁴ Brasil. STJ. REsp. n. 83.633-CE. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado. J. 18.03.96, v.u. No mesmo sentido: REsp. n. 135.988-CE. 1ª Turma. Rel. Min. José Delgado. J. 04.09.97, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em 15.04.2003.

⁵¹⁵ Brasil. STJ. REsp. n. 132.476-CE. 1ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. J. 23.10.97, v.u. No mesmo sentido: REsp. n. 143.526-PA. 6ª Turma. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. J. 12.06.98, v.u. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. Acesso em 15.04.2003.

e certo, quem deverá figurar no mandado de segurança, na posição de autoridade coatora? A autoridade delegante, a autoridade delegatária ou ambas?

Essa questão restou solucionada pelo Supremo Tribunal Federal, através da Súmula 510, com o seguinte teor: “praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial.”

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa mesma orientação, tem entendido que o ato impugnado que tenha sido praticado mediante delegação, implica na legitimidade da autoridade delegatária.⁵¹⁶

No que tange à legitimidade recursal da autoridade coatora, também verifica-se dissenso. Mesmo dentre aqueles que entendem que a legitimidade passiva *ad causam* é da pessoa jurídica e não da autoridade coatora, há quem entenda que a autoridade coatora tem legitimidade recursal, a exemplo de Lúcia Valle Figueiredo, pois “interessa-lhe a manutenção do ato por força de eventual responsabilidade futura,”⁵¹⁷ decorrente da regra contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

⁵¹⁶ Brasil. STJ. MS n. 6669-DF. 1ª Seção. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 08.11.00, vu. DJU 13.08.01, p. 37. Disponível em: <http://stj.gov.br>. Acesso: 15.04.03, assim ementado:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO–MANDADO DE SEGURANÇA–ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Entendimento da Seção de Direito Público, no sentido de que o Ministro de Estado só é parte legítima para figurar como autoridade coatora, quando pratica pessoalmente o ato impugnado.
2. Se o ato é praticado por delegado seu, não há legitimidade do Ministro de Estado, cuja indicação trouxe para esta Corte a competência para o processo e julgamento.
3. Resultado de licitação assinado pelo Presidente da Comissão, que também figura no pólo passivo, leva a competência do mandamus à Justiça Federal de primeiro grau.
4. Extinção do processo sem exame do mérito por carência de ação.

No mesmo sentido: MANDADO DE SEGURANÇA n. 7771-DF. 1ª Seção. Rel. Min. Garcia Vieira. J. 10.04.02. vu, DJU 29.04.02, p. 154; MANDADO DE SEGURANÇA n. 7770, 1ª Seção. Rel. Min. Paulo Medina. J. 13.11.02. vu, DJU 16.12.02, p. 230. Disponível em: <http://stj.gov.br>. Acesso: 15.04.03.

⁵¹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 56.

5.6.1 Indicação errônea da autoridade coatora

Em relação às consequências quanto ao aspecto consistente na indicação precisa e correta da autoridade coatora, é bom lembrar que o Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 321,⁵¹⁸ determinava, expressamente, que na petição inicial se indicasse, de forma precisa, inclusive pelo nome, sempre que possível, a autoridade a quem fosse atribuído o ato impugnado. A Lei 1.533/51 não reproduziu a exigência contida no art. 321 do CPC/39. Pode ocorrer, muitas vezes, de o impetrante proceder à indicação errônea da autoridade coatora, o que vale dizer, a autoridade notificada para prestar as informações não é aquela que deveria prestá-las.

Embora não haja previsão expressa na Lei 1.533/51, a solução encontrada pela jurisprudência parece uníssona no sentido de que a indicação correta e precisa da autoridade coatora (exceto o nome), trata-se de requisito da petição inicial, como se pode constatar, v.g. pelos julgados, ora referenciados: “O mandado de segurança dirige-se sempre contra ato de autoridade que é chamada como substituta processual do órgão,⁵¹⁹ a indicação errônea da autoridade coatora implica em carência de ação pela fato da ilegitimidade passiva *ad causam*,⁵²⁰ com a extinção

⁵¹⁸ Art. 321: A petição inicial, em três (3) vias, preencherá os requisitos dos arts. 158 e 159 e conterá a indicação precisa, inclusive pelo nome, sempre que possível, da autoridade a quem se atribua o ato impugnado.

⁵¹⁹ Brasil. STJ. REsp 196387-PE. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 16.4.2000, mv, DJ 18.6.2001, p. 120. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁵²⁰ PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE COATORA. EDIFÍCIO COMERCIAL. RESPONSÁVEL PELA ORDEM DE DEMOLIÇÃO: SUBPREFEITO DA BARRA DA TIJUCA. AUTORIDADE QUE ORDENOU A SUA EXECUÇÃO E PODE RESPONDER POR SUAS EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS. INDICAÇÃO ERRÔNEA DO IMPETRADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. RECURSO IMPROVIDO. DEMOLIÇÃO

1. No mandado de segurança, a autoridade tida por coatora é aquela que pratica concretamente o ato lesivo impugnado.
2. A indicação equivocada da autoridade que ordenou a prática do ato acarreta a ilegitimidade passiva *ad causam*, com a extinção do processo.
3. Recurso conhecido, porém, improvido (Brasil. STJ. ROMS 6704 -RJ. 2ª Turma. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 28.08.2001, DJ 08.10.01, p. 189. Disponível em: <http://stj.gov.br>. Acesso: 15.04.03).

do processo sem julgamento do mérito; não se permite ao impetrante, sequer, a oportunidade de alteração da autoridade coatora, embora já se tenha registro de que: “Se a impetração é defeituosa e o magistrado, sem alterar o pólo passivo, intima o dirigente do órgão indicado como impetrado, fica sanada a irregularidade.”⁵²¹

Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, em princípio, não haveria problema, pois conforme afirma, com razão, Lucia Valle Figueiredo, “se a matéria for exclusivamente de direito, a autoridade coatora, na verdade, nada terá a informar.”⁵²² De outro lado, sujeito passivo do mandado de segurança é a pessoa jurídica e não a autoridade coatora, de forma que esse fato, por si só, não poderia provocar a extinção do processo. Aliás esse tem sido o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que tem perfilhado no sentido de se oportunizar à parte a regularização do processo, mediante a indicação correta da autoridade coatora.⁵²³

Com muita propriedade, Lucia Valle figueiredo demonstra que nenhum prejuízo há na indicação equivocada da autoridade coatora, em se tratando de matéria exclusivamente de direito, na medida em que, de fato, “a autoridade coatora é a destinatária da ordem, mas nada impediria que o sujeito passivo lhe determinasse a execução da ordem do juiz. Na verdade, nada impediria, não vemos heresia jurídica de tal porte, porque, nos casos em que só há matéria de direito, a informação é um nada jurídico.”⁵²⁴

⁵²¹ STJ. REsp 196387-PE. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 16.4.2000, mv, DJ 18.6.2001, p. 120. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁵²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 82.

⁵²³ ApMS nº 161.788-SP (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 83-84).

⁵²⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 84.

João Batista Lopes comunga do mesmo entendimento, esclarecendo que “eventual equívoco será, porém, irrelevante se o ato impugnado for comprovado documentalmente, porque o responsável será sempre a pessoa jurídica [...] não há razão para se decretar a extinção do processo [...] já que não se pode exigir do jurisdicionado o pleno conhecimento da complexa organização administrativa da pessoa jurídica.”⁵²⁵

Problema de maior gravidade reside no fato de que, em havendo a indicação errônea da autoridade coatora, que implique na incompetência do juízo impetrado, qual seria a solução mais adequada? Segundo Lucia Valle Figueiredo, o juízo incompetente não deve extinguir o processo, mas remetê-lo ao juízo competente.⁵²⁶ A justificativa para a adoção desse procedimento, conforme entende a autora citada, decorre da “instrumentalidade do processo e da urgência necessária a ser dada ao mandado de segurança.”⁵²⁷

Porém, esse não tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual, sem o menor laivo de sensibilidade da necessidade de atualização da compreensão da tutela de segurança mediante mandado de segurança tem decidido: “Se o magistrado, ao analisar o feito, concluir que houve indicação errônea da autoridade coatora, deve extinguir o feito e não declinar da competência.”⁵²⁸ O argumento para a adoção dessa orientação é de evidente contra senso: “A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que, em sede de mandado de

⁵²⁵ LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*, p. 417.

⁵²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 83.

⁵²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 83.

⁵²⁸ Brasil. STJ. 1ª Seção. CC 38008-PR. Min. Eliana Calmon, j. 14.5.03, DJU 02.06.03, p. 182. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/>>. No mesmo sentido: STJ. 1ª Seção. CC 43.018/SC. Min. Vicente Leal, DJU 01.07.02, p. 210; STJ. 3ª Seção. CC 22.639/TO. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 02.04.01, p. 229; STJ. 1ª Seção. CC 30.306/AL. Min. José Delgado, DJU 27.10.97, p. 250; STJ. 1ª Seção. CC 17.645/DF. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU 12.08.96, p. 27.439; STJ. 1ª Seção. AgMs 4467/DF. Min. Anselmo Santiago, DJU 05.08.96, p. 26.307.

segurança, a competência é fixada em face da qualificação da autoridade coatora.” O contra senso é evidente porque tem-se entendido que a competência é absoluta. E, se tal é, a solução adequada para o caso está positivada no art. 113, § 2º do Código de processo civil: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente”. Porém, essa regra, de evidente natureza salutar, vem sendo atropelada pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual adota postura minudentemente didática para reafirmar a sua posição: “O mandado de segurança deve ser impetrado apontando como autoridade coatora, o agente público que praticou ou deixou de praticar o ato impugnado.” A razão dessa correta indicação seria o fato de que a mesma “[...] é condição *sine qua non*, a demonstração do ato inquinado como lesivo a direito líquido e certo e a respectiva autoridade responsável pelo desmando. A identificação tem de ser explícita, de forma clara, propiciando a correlação entre o ato vergastado e a autoridade que o praticou ou absteve-se de praticá-lo.”⁵²⁹ E mais: nega-se o Superior Tribunal de Justiça a admitir que o juiz proceda de maneira a promover a correção da errônea indicação:

[...]

II – Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, uma vez constatada a ilegitimidade passiva da autoridade indicada como coatora, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, não cabendo ao julgador promover, de ofício, a substituição processual a fim de corrigir eventual erro na indicação pelo impetrante. Precedentes.

III - Mandado de segurança julgado extinto, sem julgamento do mérito.

Essa posição adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, e, de resto, de quase todos os tribunais, provoca a transmutação da posição da autoridade coatora no processo de mandado de segurança, ou seja, a autoridade coatora seria a parte legítima passiva *ad causam*?! Por essa razão: “Não sendo o ato impugnado da autoridade apontada como coatora, verifica-se a ilegitimidade passiva *ad causam* do

⁵²⁹ Brasil. STJ. 3ª Seção, MS 2860-DF. Min. Gilson Dipp. J. 26.02.03. DJU 31.03.03, p. 1.143. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 18.05.03.

impetrado. Há de se confirmar, portanto, a extinção do processo sem julgamento do mérito, pela ausência de uma das condições da ação.”⁵³⁰ Essa solução, no entanto, já encontrou temperamento dentro do próprio Superior Tribunal de Justiça, embora tenha confirmado que “o princípio geral é o de que, em sede de mandado de segurança, a indicação errônea da autoridade coatora pode acarretar a carência de ação”, orientou-se no sentido de que “essa regra, todavia, comporta temperamentos, como *in casu*, em que o ato coator está perfeitamente apontado e não produz indagações acerca de sua autoria, confirmada com a apresentação das informações”.⁵³¹

Celso Agricola Barbi demonstrou, corretamente, que todos os problemas que giram em torno da figura da autoridade coatora, decorrem do fato do “equivoco dos nossos intérpretes” pela “[...] falta de exame das origens e dos motivos da forma processual adotada para o processo de mandado de segurança. Inspirou-se ele no *habeas corpus*, no *juicio de amparo* mexicano e em *writs* do direito norte americano”.⁵³² E, a seguir, esclarece: “Todos esses derivam do direito inglês, no qual, tradicionalmente, nas lesões de direito por ato de funcionário público, a ação é dirigida contra ele e não contra o Estado”.⁵³³ O argumento exposto pelo processualista é irrefutável:

Por sua vez, o direito inglês adotou essa forma por força de peculiaridades de sua formação jurídica. M. BURQUIM examinou com acuidade o assunto, mostrando que nos países latinos o poder de abstração de seus povos elaborou um sistema, em que a Administração Pública é entendida como dotada de personalidade jurídica, investida de poderes e suscetível de responsabilidade.

⁵³⁰ Brasil. STJ, 2ª Seção, EDROMS 11.014 / MG, Min. Laurita Vaz, j. 12.08.02, DJU 31.03.03, p. 182. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso: 15.04.2003.

⁵³¹ Brasil. STJ, 1ª Seção, ROMS 5415 /SP, Min. Demócrito Reinaldo, j. 07.06.95, DJU 14.08.95, p. 23.984. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj>>. Acesso: 15.04.2003.

⁵³² BARBI, Celso Agricola. *Do mandado de segurança*, p. 125.

⁵³³ BARBI, Celso Agricola. *Do mandado de segurança*, p. 125.

Assim, quando se fala de Administração Pública, passa-se por cima da figura dos funcionários, para alcançar o ser jurídico, que é a Administração ou o Estado.

Enquanto isso, na Inglaterra, a idéia abstrata da Administração não existe, ou pelo menos, é eclipsada pela personalidade dos funcionários. Estes aparecem aos olhos dos ingleses como as únicas realidades que atuam, e é para ele que se voltam os lesados, quando querem atingir a administração. Acentua que o Estado, o Condado, a Municipalidade são abstrações quase intangíveis aos olhos dos britânicos; o que eles vêem, o que eles podem atingir, são os homens em carne e osso, os mandatários encarregados pela Administração de preencher certas funções públicas. E, concluindo, insiste em que, por isso, as ações judiciais baseadas em atos administrativos são dirigidas contra os autores físicos desses atos e não contra a inconsistente personalidade da Administração.⁵³⁴

Acrescente-se, ainda, sobre esse aspecto histórico, o escólio elucidativo de J. Cretella Jr.:

“Somente no século passado começo o direito inglês a admitir a possibilidade de ação contra o fisco, apenas como um subterfúgio, designando-se um funcionário para servir como réu, em cada uma dessas ações, propostas *in concreto* contra a pessoa física do funcionário, não contra a Coroa, que continuava intocável.

Condenado o funcionário, o tesouro inglês pagava a indenização.⁵³⁵

E, mais:

O *Crown Proceeding Act*, dessa época, derogou o velho sistema, passando a Coroa, desse momento em diante, a ser demandada diretamente, na qualidade de ré, ou propondo ação, na qualidade de autora.⁵³⁶

⁵³⁴ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*, p. 125.

⁵³⁵ CRETELLA JÚNIOR. José. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86.

⁵³⁶ CRETELLA JÚNIOR. José. *Curso de direito administrativo*, p. 86.

Assim, tanto a omissão na Lei 1.533/51 quanto o argumento esclarecedor deduzido por Celso Agrícola Barbi já seriam suficientes para concluir pela necessidade de uma solução mais adequada para a eventual indicação errônea da autoridade coatora. E mais: segundo o escólio de José Cretella Júnior, nem mesmo no direito inglês é adotada essa fórmula. Assim, a solução aventada pela legitimidade de parte da autoridade coatora e a impossibilidade de correção da autoridade indicada como coatora, são soluções absolutamente inadequadas. Por fim, quando ocorre o confronto entre o mandado de segurança e as tutelas mandamentais genéricas e atípicas, introduzidas pelo ordenamento jurídico positivo brasileiro, na seara da interditalização do processo de conhecimento, a situação fica ainda mais dramática. Basta um exemplo, antigo, para que se possa compreender melhor o problema. E, para que o exemplo tenha maior pertinência, basta considerar o 121º dia contado da data do ato coator. Que fazer? Decaiu (para quem assim entende) o prazo para o mandado de segurança. Ainda tenho solução? Sim. Antes da reforma, o lesado lançava mão de uma “ação cautelar” para obter aquilo que poderia ser obtido através do mandado de segurança. O paradoxo: o “direito líquido e certo” passava a ser tratado não como probabilidade, que é, mas mera plausibilidade. Havia liminar, etc. Porém, sempre dois processos: um “preparatório” outro “principal”. Após a reforma de 1994, lança-se mão de um processo de conhecimento, procedimento comum interditalizado. E, não se há de falar em autoridade coatora, embora o resultado seja o mesmo daquele que poderia ser obtido através de mandado de segurança, no qual, por óbvio, a indicação absolutamente correta da autoridade coatora é tida como *conditio sine qua non*. Ora, como tolerar um paradoxo de tal envergadura onde o mandado de segurança, que tem assento constitucional, revela-se deficitário, sob a ótica da instrumentalidade, se comparado com uma outra demanda, nem tanto prestigiada (pelo menos historicamente), mas que realiza a mesma função do mandado de segurança?

Assim, é óbvio que as soluções que restringem a efetividade do mandado de segurança não são compatíveis com a efetividade da tutela jurídica e devem ser banidas da praxis judiciária, como homenagem não só à efetividade da tutela

jurídica como, também, em homenagem ao próprio mandado de segurança, já que o tratamento que se lhe é dispensado, hoje, é de mendicância de efetividade.

5.6.2 Deslocamento da autoridade coatora como violação do direito fundamental de acesso à justiça

Nos termos do ordenamento jurídico brasileiro, a questão ligada à autoridade coatora ganha contornos de relevo na medida em que a categoria e a sede funcional da autoridade apontada como coatora são estabelecidos como critérios para a determinação da competência para o processamento e julgamento do mandado de segurança, ou seja, a competência é definida segundo a hierarquia, sem qualquer relevância para a matéria deduzida na peça de impetração.⁵³⁷⁻⁵³⁸ A questão ganha ainda mais importância na medida em que a localização do foro competente originário para processar e julgar o mandado de segurança possa incrementar-se como elemento que implica numa dificuldade extra para o exercício dessa garantia constitucional. Essa peculiar circunstância tem sido levada em consideração por parte do executivo que procura deslocar a competência para outros órgãos, com intuito reprovável de obtenção de vantagem.

Essa situação tem sido objeto de manobra por parte do Poder Público, conforme registro na experiência judiciária, a exemplo do que anotou Lucia Valle Figueiredo, a qual chama atenção para o fato de que “a legislação, muita vez,

⁵³⁷ Brasil. STJ. 1ª Seção. CC 43.018-SC. Rel. Min. Vicente Leal, DJU 01.07.02, p. 210. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso: 15.04.03.

⁵³⁸ Brasil. STJ. 5ª Turma. REsp 257.556-PR. Rel. Min. Felix Fischer. J. 11.09.01, vu. DJU 08.10.01, p. 239. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03, assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. AUTORIDADE IMPETRADA.

A competência para julgamento de mandado de segurança é definida de acordo com a categoria e a sede funcional da autoridade impetrada, tratando-se, nestes termos, de competência absoluta e, como tal, improrrogável.

Recurso conhecido e provido.

pretende ‘deslocar’ a autoridade coatora.”⁵³⁹ E o faz, quando “na lei diz-se que competente para exercer tais e quais competências será, por exemplo, o Ministro de Estado. Isso ocorreu por ocasião do empréstimo-calamidade, aconteceu posteriormente, por ocasião de outro empréstimo compulsório, em que se tentava ‘deslocar’ a autoridade coatora para Brasília, exatamente para se dificultar a interposição do mandado de segurança, e tem sucedido sempre.”⁵⁴⁰

E adverte, no sentido de que “o mandado de segurança é remédio constitucional, e, por ser remédio constitucional, não será por meio de artifícios que poderá ser impedido, dificultado de tal modo, a ponto de fazer com que aqueles que se sentem objeto de constrição indevida não possam aparelhar seu processo.”⁵⁴¹

E conclui, afirmando que “não pode a lei estabelecer competência *ad hoc*, quer dizer, competência para aquele fato aleatoriamente. Se já houver autoridade competente, não se poderá, por meio transversal, estabelecer-se outra autoridade, pois, assim, teoricamente, possível seria deslocar-se todos os mandados de segurança para Brasília, por hipótese.”⁵⁴²

5.6.3 A necessidade de superação da obsessiva focalização do problema da autoridade coatora substituindo-a pela focalização da violação do direito em si

Os exemplos anteriores mostram o quanto é valorizado o papel da autoridade coatora, em detrimento do direito carente de tutela. Há casos em que, mesmo que a

⁵³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 60.

⁵⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 60.

⁵⁴¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 60-61.

⁵⁴² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*, p. 61.

autoridade coatora erroneamente indicada, integre a mesma pessoa jurídica, e, portanto, a mesma parte legítima passiva, a jurisprudência se nega a examinar o ato ilegal, ainda que sobejamente provado, sob o pálido argumento de ilegitimidade passiva. Essa situação não privilegia a tutela do direito substancial, pois prende-se a um aspecto formal, artificialmente mantido sob a carranca de uma eventual qualidade de parte da autoridade coatora.

Ora, qual o compromisso com a efetividade, quando se tem uma solução meramente formal. Não se pode esquecer, no entanto, que o mecanismo de superação desse aspecto formal ocorre quando se compreende que a autoridade coatora, que deveria ser corretamente indicada, encampa o ato daquela indicada como autoridade coatora. Embora essa solução amenize, de certa forma, o problema, o certo é que não se trata de solução adequada, porque, mesmo solucionando o problema da indicação errônea, ainda se prende ao aspecto da necessidade de uma autoridade coatora, a qual assume legitimidade quando “encampa” o ato impugnado.

A solução correta está em considerar o direito a ser realizado, supervalorizando-o, a exemplo do que ocorreu com a aproximação do direito processual ao direito substancial. Outras soluções, mantém o padrão formalista e descompromissado com a efetividade da tutela jurídica.

Assim, resta uma palavra final sobre o papel da autoridade coatora no mandado de segurança: é um terceiro, que, por força da celeridade, própria do mandado de segurança, recebe o ato de comunicação processual, e, quando necessário, presta informações, apenas quanto à matéria fática, pois, quanto ao direito, sua defesa não deve ficar confiada a quem resta imputada a pecha de autor de ilícito.

5.6.4 Desobediência da ordem emanada em mandado de segurança

Não é demais lembrar que no mandado de segurança, em razão de suas origens históricas (juicio de amparo mexicano, writs anglo-americanos), o cumprimento do provimento jurisdicional, interlocutório (liminar) ou final (sentença), compete à autoridade coatora, a qual é notificada para cumprir a ordem emanada do mandado de segurança.

No entanto, a atual Lei do mandado de segurança (Lei 1533/51) não prevê, expressamente, sanção pela desobediência da ordem emanada em mandado de segurança.⁵⁴³⁻⁵⁴⁴ Mesmo diante da omissão da Lei 1533/51, a desobediência da ordem emanada em mandado de segurança deve sujeitar a autoridade à sanções, para assegurar a eficácia das mesmas. Embora existam divergências, pode-se pensar na coerção indireta, consistente na multa (sanção de natureza pecuniária), ou coerção direta consistente na privação da liberdade, figura típica penal (sanção de natureza pessoal).

Sérgio Ferraz,⁵⁴⁵ afirma que há crime quando se desobedece ordem em mandado de segurança. A conclusão desse autor está apoiada em jurisprudência. Mas, qual é o crime cometido por quem não cumpre a ordem em mandado de segurança?

No que tange à sanção consistente na privação de liberdade, há divergência quanto à figura típica penal. Para Damásio de Jesus, a desobediência da ordem em

⁵⁴³ A lei 191/36 (art. 10) e o CPC/39 (art. 327), continham disposição que sancionavam a autoridade que deixasse de cumprir a ordem, consistente em responsabilidade civil e criminal (crime de desobediência).

⁵⁴⁴ Art. 327. Recebendo a cópia da sentença, o representante da pessoa jurídica de direito público, sob pena de responsabilidade, ou, no caso do art. 319, § 2º, o representante legal da pessoa que houver praticado o ato impugnado, providenciará imediatamente, sob pena de desobediência, para o cumprimento da decisão judicial.

⁵⁴⁵ FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*, p. 147.

mandado de segurança constitui crime de prevaricação.⁵⁴⁶ O fundamento de sua conclusão reside no fato de considerar que o crime de desobediência somente pode ser praticado pelo particular. Assim, quando praticado por agente público no exercício de suas funções o crime seria de prevaricação (CP, art, 319).

Magalhães Noronha também entende que a figura típica mais se aproxima do crime de prevaricação.⁵⁴⁷ Já Rui Stoco, cita decisões em que se considerou o crime de desobediência.⁵⁴⁸

Conforme já anotara, de longa data, Jorge Salomão:

Nos writs do Direito Anglo-Saxônico e no amparo mexicano os ordenamentos jurídicos possuem meios eficientes de sancionar a eventual rebeldia ao cumprimento da ordem judicial pela autoridade impetrada. No Direito Anglo-Saxônico o Tribunal pode, mediante o *contempt of Court*, determinar a prisão da autoridade para compeli-la a obedecer à sentença, além da apreensão do bem e da multa pecuniária imposta ao funcionário. Na Constituição Mexicana (art. 107, inciso XVI) o não cumprimento da decisão judicial pela autoridade responsável lhe acarreta a destituição ou afastamento do cargo que exerça, além das penas cominadas no art. 213 do Código Penal.⁵⁴⁹

Fernão Borba Franco restringe a possibilidade de prisão às hipóteses previstas pela Constituição Federal (art. 5º, LXVII), quais sejam, obrigação alimentícia e depositário infiel. Assim, admite a prisão em mandado de segurança nas hipóteses em que “o servidor encarregado de dar cumprimento à determinação judicial para o pagamento de alguma verba alimentar, como uma correção do valor de pensão, de

⁵⁴⁶ JESUS, Damásio E. de. *Código penal anotado*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 784.

⁵⁴⁷ NORONHA, Magalhães Edgard. *Direito penal*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 299.

⁵⁴⁸ STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2001.

⁵⁴⁹ SALOMÃO, Jorge. *Execução de sentença em mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, s/d, p. 52.

proventos ou dos próprios vencimentos, salários, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, não a cumpre.”⁵⁵⁰

Admitem a sanção criminal, consistente no crime de desobediência, tipificado pelo art. 330 do Código Penal, por descumprimento de ordem judicial, Barbosa Moreira,⁵⁵¹ Luiz Guilherme Marinoni,⁵⁵² Priscila Corrêa Fonseca,⁵⁵³ Donaldo Armelin,⁵⁵⁴ Francisco Carlos Duarte,⁵⁵⁵ Kazuo Watanabe,⁵⁵⁶ Jorge de Oliveira Vargas,⁵⁵⁷ Betina Rizzato Lara,⁵⁵⁸ Sérgio Cruz Arenhart,⁵⁵⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier.⁵⁶⁰

Vale mencionar que esse problema foi enfrentado pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do "Habeas corpus" n. 12.008, em 06.03.01, em

⁵⁵⁰ FRANCO, Fernão Borba. A execução de sentença mandamental e de obrigação de fazer: possibilidade de prisão como meio coercitivo. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*, p. 364.

⁵⁵¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela específica do credor nas obrigações negativas, p. 39.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 133.

⁵⁵³ FONSECA, Priscila Corrêa. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 295.

⁵⁵⁴ ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 136.

⁵⁵⁵ DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, n. 70, 1993, p. 220.

⁵⁵⁶ WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 503-504.

⁵⁵⁷ VARGAS, Jorge de Oliveira. As consequências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001.

⁵⁵⁸ LARA, Betina Rizzaro. *Liminares no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1994, p. 72.

⁵⁵⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.000, p. 212.

⁵⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

que foi rel. o Min. Felix Fischer, no qual buscou-se solução mediante a compreensão de uma atipia relativa:

A autoridade coatora, mormente quando destinatária específica e de atuação necessária, que deixa de cumprir ordem judicial proveniente de mandado de segurança pode ser sujeito ativo do delito de desobediência (art. 330 do C.P.). A determinação, aí, não guarda relação com a vinculação - interna - de cunho funcional-administrativo e o seu descumprimento ofende, de forma penalmente reprovável, o princípio da autoridade (objeto da tutela jurídica).

II - A recusa da autoridade coatora em cumprir a ordem judicial pode, por força de atipia relativa (se restar entendido, como dedução evidente, a de satisfação de interesse ou sentimento pessoal), configurar, também, o delito de prevaricação (art. 319 do C.P.). Só a atipia absoluta, de plano detectável, é que ensejaria o reconhecimento da falta de justa causa.

Writ indeferido.⁵⁶¹

Por fim, acrescente-se que o Projeto de Lei que disciplina o mandado de segurança, prevê no art. 26,⁵⁶² sanção criminal, por descumprimento de decisões judiciais, consistente no crime de desobediência, previsto no art. 330 do Código Penal.

⁵⁶¹ Brasil. Stj. 5ª Turma. HC 12.008-CE. Rel. Min. Felix Fischer. v.u. J. 06.03.01. DJU 02.04.01. Disponível em: <<http://stj.gov.br>> Acesso: 15.04.03.

⁵⁶² Art. 26. Às autoridades administrativas que não cumprirem as decisões proferidas em mandado de segurança aplicar-se-á a pena prevista no art. 330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

5.6.4.1 O problema da definição do responsável pelo encargo decorrente da multa em mandado de segurança

Num quadro em que o ordenamento jurídico positivo não permitia a imposição de medida coercitiva a quem não fosse parte no processo, relevava a definição da condição de parte. No particular, em relação ao mandado de segurança, o problema cingia-se à definição da sujeição passiva, a fim de considerar legitimado passivo a autoridade coatora ou a pessoa jurídica à qual pertencia.

Com a aplicação subsidiária do art. 461 do CPC ao mandado de segurança, surgiu a interessante questão consistente na definição de quem deveria responder pelo encargo criado pela multa como coerção indireta. Segundo Eduardo Talamini:

Admitido o emprego da multa coercitiva no mandado de segurança, surge a necessidade de definir sobre quem o encargo recairá: o agente posto na condição de “autoridade coatora” ou a pessoa jurídica exercitadora da função pública, à qual ele está vinculado? A resposta passa pela consideração da legitimidade passiva no mandado de segurança. Reconhecendo-se que o pólo passivo da demanda é ocupado pela pessoa de direito público ou de direito privado no exercício de função pública, de quem o agente funciona apenas como especial “representante” (*rectius: presentante*), há de concluir-se que o custo da coerção patrimonial, em princípio, recai sobre aquela – como de resto recairão as demais decorrências patrimoniais da concessão da segurança.⁵⁶³

O escólio de Talamini está assentado nos entendimentos de Seabra Fagundes e de Celso Agrícola Barbi. O primeiro, no sentido de que “a sentença é sempre executada contra o ente público, e não contra a pessoa do agente.” O segundo, onde Celso Agrícola Barbi, que admite o cabimento de sucumbência no mandado de segurança, afirma: “Como consequência, a condenação nas despesas judiciais é contra a entidade de direito público e não contra o coator. Vencida na causa é

⁵⁶³ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do Advogado*, p. 53.

aquele e não esta.”⁵⁶⁴

João Batista Lopes tem o mesmo entendimento, afirmando que: “a pessoa jurídica, e não a pessoa física, é quem deve responder pelos ônus da sucumbência.”⁵⁶⁵

Em reforço à sua tese, Eduardo Talamini argumenta que “a circunstância de tratar-se normalmente de ente público não prejudica tal conclusão [de que responda pela multa a pessoa jurídica]. Não há o que obste a imposição de multa diária contra a Fazenda Pública – e esta tem direito de regresso contra o agente que, por conduta pessoal dolosa ou culposa, der causa à incidência da multa.”⁵⁶⁶

Luiz Guilherme Marinoni, referindo-se à tutela inibitória genérica, prevista no artigo 461, afirma:

Se a multa imposta na tutela inibitória não encontrar a efetividade ou, mais precisamente, não conseguir vencer a resistência do réu, levando-o ao adimplemento, o juiz poderá determinar as “medidas necessárias”, que não são apenas aquelas previstas no 5º do art. 461 (ou no § 5º do art. 84 do CDC), mas são também as que, atendendo ao princípio da necessidade, podem permitir a efetiva e adequada tutela do direito do autor sem um gravame despropositado ao réu.⁵⁶⁷

Não se pode esquecer que a adequação de técnica coercitiva indireta, mediante sanção pecuniária, em razão da desobediência à ordem judicial, deve levar em

⁵⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do Advogado*, p. 53.

⁵⁶⁵ LOPES, João Batista. Sujeito passivo no mandado de segurança. In: BUENO, Cassio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*, p. 420.

⁵⁶⁶ TALAMINI, Eduardo. A efetivação da liminar e da sentença no mandado de segurança. *Revista do Advogado*, p. 53.

⁵⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, p. 187-188.

consideração a efetividade, ou seja, a sua capacidade de vencer a resistência do sancionado. Por essa razão, há de se indagar da efetividade dessa coerção indireta, como modo de atuação sobre a vontade do agente público. Isso, por duas razões: primeiro, porque posso encontrar no agente público um hipossuficiente econômico, razão pela qual sua hipossuficiência implicaria na imposição, ou não, da sanção pecuniária, e, mesmo encontrando a efetividade nessa técnica processual, impõe-se verificar um *quantum* que atende ao princípio da proporcionalidade. Eis, pois, um fator complicador na utilização da técnica coercitiva pecuniária tendo como destinatário o autor do ilícito.

Em segundo lugar, não se pode esquecer que, sob o aspecto do ilícito, há um dever de todo o Poder Público, não só do autor do ilícito, na sua remoção ou cessação. Tanto é que não se pode esquecer do princípio da oficialidade. Portanto, a rigor, qualquer autoridade hierárquica superior que tome conhecimento da imputação de ilegalidade praticada por uma autoridade hierarquicamente inferior, tem o dever de proceder no sentido da remoção da ilegalidade. Se não o faz, incide, também, em conduta ilícita. Por essa razão, a situação poderia apontar a autoridade superior nessa cadeia formada por condutas ilícitas. E, no topo hierárquico, parece que a sanção pecuniária coercitiva indireta seria indispensável, já que nenhuma outra autoridade poderia atuar.

Nesse sentido, veja-se a salutar imposição de sanção pecuniária coercitiva indireta, imposta pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, sancionando o Governador, para o fim de obter o cumprimento de ordem judicial, emitida em mandado de segurança, cuja resistência somente foi demolida com a imposição da sanção pecuniária como medida de coerção indireta. A multa, no caso concreto, foi imposta tendo como destinatário o Governador.⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Brasil. TJ-PR. ÓRGÃO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. n. 70.088-5. Rel. Min. Gil Totta Teles. Decisão monocrática. J. 15.10.99. Dados extraídos diretamente da cópia da decisão monocrática. “[...] determino a intimação, por mandado, do Excelentíssimo Governador do Estado para que, no prazo de 15 (quinze) dias, tome as providências devidas, para a nomeação deles, com rigorosa observância da ordem de classificação, pena da imposição, à Sua Excelência, da multa diária

Portanto, num sistema processual altamente comprometido com a efetividade da tutela jurídica, no qual se constata depósito da confiança necessária aos órgãos jurisdicionais, a solução mais adequada para o problema do destinatário da sanção pecuniária coercitiva indireta está na necessária flexibilização de sua imposição tanto à autoridade coatora quanto à pessoa jurídica à qual pertença. Isso porque, a rigor, uma solução fechada não seria adequada para atender as peculiaridades do caso concreto, onde, muitas vezes, a autoridade coatora acaba exercendo a defesa dos interesses não-coincidentes com o seu, porque, por sua vez, também se acha atrelada à gama de interesses que envolve a administração pública no Brasil.

5.6.5. O mandado de segurança contra condutas ilícitas de particulares

A análise do mandado de segurança, até aqui desenvolvida, demonstra a necessidade de superação do seu caráter paradigmático assumido quando de sua criação e consolidação à luz da pressão exercida pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico. Por outro lado, constatou-se, também, a existência de tutelas adequadas, quer sob o prisma da tutela em sentido estrito quer sob o prisma da tutela em sentido amplo. Por fim, constata-se um déficit do mandado de segurança, comparado com uma tutela de segurança satisfativa genérica, cujo procedimento, instrumentos e técnicas processuais podem ser construídos com o manancial da plenitude de instrumentos e técnicas processuais, próprios do processo civil contemporâneo, além da flexibilidade e plasticidade que esse modelo processual proporciona.

de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais).” Após a intimação, com a ameaça de imposição da sanção pecuniária, a autoridade coatora informou a nomeação, em caráter provisório, de seis dos dezoito impetrantes. Assim, caracterizou a resistência ao cumprimento da ordem judicial, reiterada, em relação aos doze impetrantes não nomeados. Por essa razão, em decisão monocrática, assim restou imposta a sanção pecuniária coercitiva indireta à autoridade coatora: “[...] imponho ao Excelentíssimo Governador do Estado a multa diária de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), incidente desde a data da intimação da decisão anterior”. Deve-se observar, contudo, que essa imposição acabou por assumir um caráter retroativo questionável, porque, a rigor, a intimação anterior apenas ameaçava a imposição da sanção pecuniária coercitiva indireta, no caso de resistência. A imposição, de fato, ocorreu na segunda decisão monocrática.

Portanto, é à luz de um processo Sansão-pós-moderno que se deve desenvolver a investigação sobre a necessidade de um mandado de segurança contra atos de particulares. E, nessa investigação, deve-se excluir o cabimento contra atos de particulares concessionários de serviços públicos, porque, a rigor, essa situação já se acha tipificada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto na Lei 1.533/51, em relação aos atos exercidos no âmbito da delegação; remanesceria, pois, em relação aos mesmos, as condutas desenvolvidas nos atos de gestão próprios da pessoa jurídica de direito privado.

Em primeiro lugar, deve-se ater à correta localização do problema: a necessidade de uma tutela de segurança satisfativa voltada contra atos de particulares, que violem ou ameçam de violação, direitos que não podem ser convertidos em pecúnia ou, ainda que o possam, não são adequadamente tutelados nesse modelo de tutela ressarcitória pelo equivalente em pecúnia.

Em segundo lugar, deve-se ater à necessidade efetiva de uma tutela de segurança, dotada de um procedimento documental, a fim de se estabelecer um parâmetro para a adoção de um mandado de segurança contra atos particulares. Isso porque, a rigor, as notas diferenciais do mandado de segurança já não lhe pertencem com exclusividade, exceto o caráter documental, já que a mandamentalidade, a sumariedade formal, a celeridade, a possibilidade de liminar satisfativa, já não lhe são exclusivas. Então, eis o problema: uma tutela de segurança contra atos de particulares, mediante um procedimento mandamental. E, o modelo de procedimento mandamental a que se tem certo respeito, pelo assento constitucional e pelo papel histórico desempenhado, é o mandado de segurança.

Para fins de reflexão sobre essa temática, considere-se, na doutrina, a referência ao mandado de segurança como instrumento hábil para a tutela de direitos fundamentais, direitos do homem, liberdades públicas. Nesse sentido, veja-

se Marinoni:⁵⁶⁹ [...] a efetividade do mandado de segurança se apresenta na razão proporcional inversa da margem de arbítrio daqueles que exercem o poder, para intrometer-se com as liberdades públicas”. Numa outra passagem, afirma que “os direitos do homem precisam ser protegidos do poder político ou econômico. E o mandado de segurança concretiza o instrumento constitucional hábil para amparar estes direitos”.⁵⁷⁰

A referência a “liberdades públicas” ou a “direitos humanos”, “liberdades fundamentais”, “direitos fundamentais” exige esclarecimento, conforme salientou, recentemente, Ingo Wolfgang Sarlet ao tratar da “eficácia dos direitos fundamentais”, o qual apontou para o fato da “heterogeneidade, ambigüidade, e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado [...]”. Em seguida, justificou sua opção pela terminologia “direitos humanos fundamentais”.⁵⁷¹

Porém, não há razão para supervalorizar o mandado de segurança como instrumento hábil de tutela dos direitos humanos ou das liberdades públicas. Qualquer direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação por ato de autoridade dá ensejo ao mandado de segurança. A opção pela proteção do ‘direito líquido e certo’ retira toda e qualquer validade das tentativas de justificar o mandado de segurança pela natureza ou qualidade do direito tutelado. A referência ao caráter instrumental útil do mandado de segurança para a tutela dos direitos humanos levaria, sem sombras de dúvidas, à admissibilidade de mandado de

⁵⁶⁹ MARINONI. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994, p. 69.

⁵⁷⁰ MARINONI. *Efetividade do processo e tutela de urgência*, p. 69.

⁵⁷¹ Esclarece Sarlet: “No âmbito da discussão em torno da melhor terminologia a ser adotada, é de se destacar o uso mais recente da expressão ‘direitos humanos fundamentais’ por alguns autores. Essa terminologia, ao mesmo em nosso entender, embora não tenha o condão de afastar a pertinência da distinção traçada entre direitos humanos e direitos fundamentais, revela, contudo, a nítida vantagem de ressaltar, relativamente aos direitos humanos de matriz internacional, que também estes dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores e reivindicações essenciais de todos os seres humanos, destacando, neste sentido, a fundamentalidade em sentido material, que – diversamente da fundamentalidade formal – é comum aos direitos humanos e aos direitos fundamentais constitucionais

segurança contra atos de particulares que violassem ou ameaçassem a violação de direitos humanos, líquidos e certos.⁵⁷² Nos termos do direito constitucional positivo pátrio, constata-se a “eficácia dos direitos fundamentais em geral nas relações privadas, bem como a existência de normas de direitos fundamentais que têm por destinatário entidades privadas, como dão conta, entre nós, os direitos dos trabalhadores”.⁵⁷³

Posta a questão nestes termos, o reclamo poderia restringir-se à construção de um procedimento documental para a tutela de segurança satisfativa voltada contra atos dos particulares. O curioso é que, a rigor, o assento constitucional do mandado de segurança tem servido como empecilho para a extensão da mandamentalidade contra atos de particulares. Pelo menos no que tange à denominação dessa mandamentalidade: não poderia emprestar o “nomen iuris” “mandado de segurança”.

O texto constitucional impõe uma restrição ao cabimento do mandado de segurança ao referir-se à conduta da autoridade. O problema criado pela restrição consistia em manter o consumidor da tutela jurisdicional desprovido de instrumento adequado para a tutela do “direito líquido e certo” violado ou ameaçado de violação por conduta de particulares. Essa circunstância permeava duas searas específicas: a primeira, consistente na inexistência de previsão de técnica de tutela mandamental genérica para a tutela específica de direitos; a segunda, consistente na ausência de sumariedade formal, ou seja, sumariedade procedimental.

A restrição do cabimento do mandado de segurança consistiu numa opção

(SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35).

⁵⁷² Cabe aqui a referência feita por Ingo Wolfgang Sarlet, embora em outro contexto, no sentido de que deve-se evitar a referência aos “direitos subjetivos públicos”, quando se refere aos direitos fundamentais, porque não há dúvida de que existem direitos fundamentais.

⁵⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 152.

legislativa marcada pelos valores liberais da época de sua elaboração. Ovídio Baptista⁵⁷⁴ identifica a matriz ideológica dessa opção legislativa:

O pressuposto ideológico que sustenta o princípio de que o processo civil deve ser entendido como um instrumento de defesa da liberdade individual e dos direitos subjetivos (contra o Estado), cuja origem deve ser buscada nas filosofias políticas do século XVII e nos enciclopedistas franceses, e que marca o acentuado cunho *dispositivo* de nossas instituições processuais, revela-se de modo particularmente ostensivo em nosso principal instrumento jurisdicional mandamental, que é a ação de mandado de segurança.

Ovídio Baptista da Silva sintetiza esse pressuposto ideológico o qual encontra-se traduzido no princípio segundo o qual “a ‘esfera inviolável’ da liberdade individual jamais será invadida por mandamentos judiciais”.⁵⁷⁵ O pressuposto da inviolabilidade da esfera individual da liberdade por mandamentos judiciais sustenta a premissa fundamental da concepção da função do juiz no exercício da atividade jurisdicional, da qual restavam excluídos os mandamentos judiciais. Essa a razão pela qual Liebman afirmava que “não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente ente elas segundo o direito vigente”.⁵⁷⁶

Conforme anota Ovídio Baptista da Silva, recordando Castro Nunes⁵⁷⁷ e Alfredo Buzaid:⁵⁷⁸

Com relação ao mandado de segurança, é interessante notar que as restrições estabelecidas quanto ao seu emprego como remédio contra atos praticados por particulares não se encontravam nos antecedentes legislativos de que se originou o instituto. Ao contrário, tanto as *cartas de segurança* do velho direito lusitano,

⁵⁷⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, 4^a ed., p. 349.

⁵⁷⁵ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, 4^a ed., p. 349.

⁵⁷⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*, n, 7, p .

⁵⁷⁷ NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*, p. 22.

⁵⁷⁸ BUZOID, Alfredo. *Do mandado de segurança*, n. 15.

que MARCELLO CAETANO tem como a fonte originária do mandado de segurança (As raízes luso-brasileiras do mandado de segurança, RF 250/30), quanto a denominada “apelação extrajudicial”, a que PONTES DE MIRANDA filia o *mandamus* (*Tratado das ações*, VI, § 7º), bem como o primeiro projeto de criação do então chamado “mandado de garantia”, elaborado por Alberto Torres, em 1914, estendiam o remédio à proteção contra atos de particulares [...].⁵⁷⁹

Ainda conforme Ovídio Baptista da Silva:⁵⁸⁰

O texto das Ordenações Filipinas que tratava das denominadas “cartas de segurança”(Liv. V, Tít. 128) continha, em germe, os elementos formadores das modernas ações mandamentais e revelava a fonte romana do instituto do *contempt of court* recebido pelo direito anglo-americano da mesma vertente, mas que não preservamos, por influência do direito francês.

Por essa razão, José Carlos Barbosa Moreira advertia para a necessidade de um modo de tutela à semelhança do mandado de segurança: “Falta em nosso ordenamento, contudo, remédio correspondente ao mandado de segurança, com relação a ofensas que se têm razões para temer por obra de algum ato *não emanado de autoridade*.”⁵⁸¹

Afastado o pressuposto ideológico, consistente na inviolabilidade da esfera individual da liberdade, e admitido que a função jurisdicional abrange poderes que inclui a expedição de ordens às partes, impõe-se verificar a manutenção, ou não, da restrição do cabimento de mandado de segurança somente contra condutas positivas ou negativas de autoridades. A questão deve ser examinada sob três prismas: o

⁵⁷⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, 4. ed., p. 350.

⁵⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*, v. 2, 4. ed., p. 350.

⁵⁸¹ E, acrescentava: “Aquele que fundadamente receie a lesão de sua intimidade por particular não dispõe de um meio de tutela de eficácia comparável à do que lhe proporciona a lei contra a moléstia iminente na posse: no interdito proibitório, com efeito, é possível obter, *in limine litis*, mandado em que se vede ao réu a prática do esbulho ou da turbção e se lhe comine ‘determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito’ (CPC, ART. 932, *fine*). Nada de semelhante se prevê para a proteção do direito à preservação da intimidade” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Processo de civil e direito à preservação da intimidade. Temas de direito processual*. 2. série, p. 6).

primeiro, sob o prisma da exclusividade do mandado de segurança, nos termos em que restou positivado no texto constitucional, no qual consta, expressamente, a restrição de seu cabimento; o segundo, sob o prisma da necessidade de um texto normativo no qual conste a previsão expressa do cabimento do mandado de segurança contra conduta de particulares; o terceiro, consistente na generalização da técnica mandamental, como meio de tutela específica dos direitos, e sua eventual aplicação subsidiária ao mandado de segurança.

No que tange à previsão expressa em texto normativo do cabimento contra conduta de particulares, constata-se a experiência consistente na tentativa de introdução dessa modalidade de tutela de segurança, através do art. 85 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), nos termos em que restou aprovado pelas Casas Legislativas: “Art. 85. Contra atos ilegais ou abusivos de pessoas físicas ou jurídicas que lesem direito líquido e certo, individual, coletivo ou difuso, previsto neste Código, caberá ação mandamental que se regerá pelas normas de lei do mandado de segurança.”⁵⁸² No entanto, a referência expressa a “ação mandamental” e a referência expressa à submissão do regime do mandado de segurança assustaram os desavisados, os quais viram, ali, perigo de subversão. Sim, o mandado de segurança, em seu momento inicial, também se mostrava subversivo, em relação ao processo civil clássico. E, esse receio, levou ao veto presidencial, já que, naquele momento histórico (1990) o modelo processual civil brasileiro era premido pelos pressupostos teóricos do processo civil clássico, embora já estivéssemos sob a égide da Constituição Federal de 1988, a qual inaugurava um novo modelo processual. Portanto, um germe subversivo, introduzido num Código que feria diretamente os interesses econômicos hegemônicos, haveria de ser aniquilado. Mas, as mãos que o aniquilou, eram as do Presidente da República, o qual, ali, defendeu os interesses da classe econômica, dando azo a um pavor à mudança. As razões do veto, à míngua de outros argumentos, buscava fundamento

⁵⁸² O Art. 86 tinha o intuito de instituir o “habeas data” como modo de tutela dos direitos dos consumidores.

no “berço constitucional” do mandado de segurança: “Esses dois dispositivos foram vetados com a seguinte fundamentação: ‘As ações de mandado de segurança e de ‘habeas data’ destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípua os atos de agentes do Poder Público. Por isso, a sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional”. Em seguida, afirma: “Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incs. LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna.”⁵⁸³

Ora, o problema, como se viu, era o *nomen iuris*, coisa que, como restou demonstrado neste trabalho, hoje é posto em dúvida quer sob o aspecto da mandamentalidade, quer sob o aspecto da adoção de técnica coercitiva direta. Mas, ...!⁵⁸⁴

Não se pode deixar de considerar que o art. 461 do Código de Processo Civil, nos termos em que positiva a tutela na forma específica, e permite a construção de tutelas adequadas, acaba por suprir a necessidade de se legislar para a criação de uma mandado de segurança contra ato de particular. Luiz Guilherme Marinoni, ao estabelecer um contraste entre o mandado de segurança e a tutela inibitória construída a partir do artigo 461, afirma: “Note-se que a tutela inibitória, hoje extraída dos arts. 461 CPC e 84 do CDC, constitui remédio muito semelhante ao mandado de segurança, dele distanciando-se apenas em virtude de não ser fundada na técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*.”⁵⁸⁵

⁵⁸³ Vale mencionar a crítica dirigida contra essa absurda fundamentação, nos termos em que foi formulada por Kazuo Watanabe: “É simplesmente espantoso o argumento! Revela, quando menos, uma total insensibilidade a toda linha evolutiva do Direito processual moderno, que é no sentido, hoje, fazer do processo um instrumento dotado de maior efetividade possível [...]. Mas, mais do que essa insensibilidade, que configura um nítido retrocesso, o argumento indicado indica também desconhecimento do verdadeiro alcance das conquistas representadas pelas normas constitucionais que consagram o Mandado de Segurança e o ‘Habeas data’” (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1997, p. 610).

⁵⁸⁴ Há, também, no ECA (Lei n. 8.069/90, art. 212, § 2º), uma tentativa de ampliação da tutela de segurança mediante mandado de segurança. Porém, é uma típica infelicidade, pois reproduz o mandado de segurança constitucional, em nada inovando.

⁵⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*, 3. ed., p. 295. No mesmo sentido, é válido mencionar o esforço de construção do mandado de segurança contra ato de particular, envidado por Ricardo

Ora, talvez não fosse muito correto afirmar que a cognição, em que se funda a tutela inibitória, construída a partir dos arts. 461 CPC e 84 do CDC, não seja a cognição exauriente *secundum eventum probationis*. Isso porque, a rigor, a plenitude das técnicas processuais, na forma em que está dotado o processo civil contemporâneo, como fundamento da fungibilidade entre as técnicas de cognição, implica compreender que a cognição exauriente *secundum eventum probationis* está prevista, também, para a tutela inibitória genérica. O que diferencia, a rigor, é que, no mandado de segurança, a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis* é a única admitida (e a prova, apenas a documental), enquanto que na tutela inibitória genérica é uma das que se admite, à luz das peculiaridades do caso concreto.

Pronto. Pode-se concluir que a lacuna representada pela ausência de um mandado de segurança contra ato de particular já não mais existe. E mais: a tutela de segurança satisfativa contra condutas de particulares é muito mais adequada que o mandado de segurança, porque, enquanto tutela de segurança satisfativa, tem à sua disposição a plenitude dos instrumentos e das técnicas processuais, além da flexibilização e plasticidade necessárias à adequada tutela dos direitos. Ah! Falta o procedimento previsto expressamente na lei. Mas, para quê uma previsão expressa se o legislador não tem nenhuma margem de liberdade no tocante à restrição da tutela de segurança satisfativa dos direitos. E, para quê uma previsão expressa se o legislador não tem onde ampliar, já que a tutela de segurança satisfativa é dotada plenamente de instrumentos e técnicas processuais. Talvez fosse bom que tivesse algo previsto expressamente. Porém, é mais rica a construção, no exercício dessa liberdade, nos termos da nova dogmática do processo civil contemporâneo. Em todo caso, *habemus* mandado de segurança contra conduta de particulares!

CONCLUSÃO

O mandado de segurança, modelo de tutela de segurança, esteve atrelado aos valores da sociedade que o criou e o cristalizou: materialismo, escravidão, dependência etc. O futuro mandado de segurança deverá romper seu paradigma nascedouro e servir de instrumento adequado para a realização dos valores sociais: a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, a libertação. O futuro mandado de segurança necessita libertar-se do mandado de segurança sepulcral, criado à luz de teorias mortas.

O paradigma que criou o mandado de segurança tornou-o um paradigma em si. Como fez lembrar Einstein, é mais fácil desintegrar um átomo do que quebrar um paradigma. A tese que ora se apresenta, objetivava demonstrar o mecanismo paradigmático do mandado de segurança e sua superação pela dogmática do processo civil contemporâneo.

Uma nota diferencial do mandado de segurança à luz do processo civil contemporâneo?

Já houve momento em que a rapidez e a prontidão eram apontadas como características marcantes do mandado de segurança. A tal ponto que a sumariedade (celeridade em seu rito) seria já da essência do mandado de segurança. No entanto, não é mais a celeridade do rito sua marca atual. Nem mesmo a prontidão seu aspecto característico. Desvendadas as deficiências apresentadas pelo mandado de segurança, a ponto de o processo civil reformado lhe servir de parâmetro subsidiário, é ora de se repensar este instituto que teve sua importância histórica. Tudo o que se reconhecia no mandado de segurança, como um modo de tutela potencializada, tem-se, hoje, com muito mais amplitude, a partir de uma correta compreensão das tutelas jurisdicionais em sentido estrito e das técnicas de tutelas construídas a partir dos artigos reformados do Código de Processo Civil.

A introdução de uma tutela inibitória genérica impõe o contraste com a tutela inibitória específica, cabível no mandado de segurança. Na medida em que o sistema positiva uma tutela inibitória genérica, incondicionada em relação ao momento de ocorrência do ilícito, já não tem sentido estabelecer um prazo para a impetração do mandado de segurança. Na medida em que se permite optar entre o mandado de segurança e uma técnica mandamental genérica, não há sentido em manter a distinção entre o mandado de segurança e as “vias ordinárias”. Na medida em que há tutela antecipatória genérica, não há sentido em distinguir uma tutela antecipatória obtida no mandado de segurança e outra obtida nas “vias ordinárias”, já nem tão ordinárias, porque interditalizadas. Reconheço que, hoje, se alguém perde o prazo para impetrar o mandado de segurança, poderá obter os mesmos resultados que com aquele obteria. Porém, hoje não é pior que ontem: porque, quando não mais cabível o mandado de segurança, estava aberta a via do processo cautelar para veicular uma tutela de segurança satisfativa travestida de tutela cautelar. Se Luiz Guilherme Marinoni bem visualizou, aí, um fenômeno de “emasculação” da tutela cautelar, não poderia deixar de visualizar, já naquele momento, uma degradação que ocorria com o “direito líquido e certo”, já que o mesmo passaria a ser tratado como mero fumaça de bom direito. E a via do processo cautelar, aberta sob as vistas grossas que a efetividade da tutela jurídica exigia, servia mais à tutela de segurança do que ao tão venerado mandado de segurança. Isso porque, sob o pálio da “aparência”, o processo cautelar era muito mais efetivo que o mandado de segurança. No entanto, como não se estava em estado de perfeição, o processo cautelar impunha um déficit de rendimento em termos de economia: seu caráter “acessório” aplicava na instauração de um outro processo, o principal.

E o processo cautelar, veiculador da tutela de segurança próxima do ótimo, não podia gozar do reconhecimento de sua verdadeira natureza potenciada, perdendo essa qualidade para o mandado de segurança. Ora, que tutela potenciada seria o mandado de segurança se, a rigor, hoje, para desvendar-lhe a natureza pontenciada, recorre-se à aplicação subsidiária do processo de conhecimento reformado, donde

tenta extrair, ou, se quiser, revelar, os instrumentos e técnicas que aquele não dispõe expressamente. É verdade que, a rigor, exceto a técnica coercitiva consistente na sanção pecuniária processual, o processo cautelar revelava um leque muito mais específico de técnicas coercitivas. E, para quem com bons olhos o via, o processo cautelar era dotado de técnica mandamental, podendo extrair da técnica coercitiva indireta, de natureza civil, mediante a sanção criminal como reforço do princípio da autoridade.

Chega a ser cômica, não fosse já trágica, a disputa em torno da constitucionalidade, ou não, de uma limitação temporal para a impetração do mandado de segurança, quando bastava, antes da reforma de 1994, rotular sua pretensão de “tutela cautelar” e aguardar a complacência de um bom juiz, ou seja, um juiz comprometido com a efetividade da tutela jurídica, que visualizasse no art. 798 algo mais do que o texto da lei pudesse explicitar sob a matriz da tutela cautelar, porque, a rigor, ali não se tratava de norma restrita a tutela cautelar, mas, sim, à tutela de segurança, nada impedindo que se revestisse de natureza satisfativa, senão do fato da violência em relação à “idéia” de cautelaridade, em sentido estrito.

Então, qual a nota característica do mandado de segurança? Duas: um modo de tutela jurisdicional caracterizado pela qualidade do autor do ilícito e um modelo de processo documental representado pela redução do módulo de prova.

E, qual o rendimento social do mandado de segurança, hoje? As grandes questões sociais, as grandes questões ambientais, as grandes questões da dignidade da pessoa humana não encontram no mandado de segurança um veículo adequado. Isto porque, a rigor, o mandado de segurança só está a serviço de um poder privado, principalmente em questões de natureza tributária, e a serviço do funcionalismo público, o qual encontra no mandado de segurança importante fonte de restrição de seus direitos porque, se privado de uma liminar, a limitação para produção de efeitos pretéritos já o torna muito mitigado, sob a ótica da efetividade.

Uma via ordinária genérica, com possibilidade de liminar, onde se pode veicular tutela antecipatória, desvinculada do ranço representado pela locução “direito líquido e certo”, amoldada a uma mais adequada perspectiva de verossimilhança (que, no fundo, acaba sendo quase a mesma coisa, se ambas as expressões se reduzirem à probabilidade), dotada plenamente de instrumentos e técnicas processuais flexibilizadas, é, a rigor, mais e melhor que o mandado de segurança. Já porque não tenho de me preocupar com a “autoridade coatora”, nesse cipoal que é a administração pública; já porque não tenho de me preocupar com o fechamento da via jurisdicional na eventualidade de não demonstrar, por meio de documento, o meu direito “líquido e certo”, já porque o fato de eu cumular pretensão de tutela inibitória, em suas modalidades, entre si, e, ainda, pretensão de tutela reintegratória, juntamente com tutela ressarcitória, tanto na forma específica quanto por equivalência em pecúnia, tudo isso mais a liminar e a dilação probatória necessária, então, só posso concluir que a “via ordinária” interditalizada travestiu-se do espírito do verdadeiro “mandado de segurança”. E mais: na medida em que, mesmo cumulando essas pretensões, eu disponho da possibilidade de uma antecipação parcial da tutela, em relação à parte incontroversa, tenho, já aí, mandado de segurança veiculado através de uma via ordinária interditalizada.

Pronto. Já disponho do necessário para falar em ruptura de paradigma. O modo de solução do problema da efetividade através do mandado de segurança cria um problema maior que o problema que visa solucionar. Porque, como via estreita, pouco posso. E, pela “via ordinária”, verdadeiramente interditalizada, tudo posso. Eis, pois o rompimento com o paradigma do mandado de segurança, amoldado à luz da tensão imposta pelos pressupostos do processo civil clássico, agora sob a tensão dos pressupostos do processo civil contemporâneo.

E mais: cada passo que a doutrina dá, por menor que seja, no sentido de extrair o verdadeiro alcance das reformas que vêm sendo implantadas, mais distante fica o mandado de segurança da matriz da efetividade. Cada ação civil pública que questione matéria de direito, cada “habeas data”, cada “mandado de injunção”, –

ainda que no perfil ridículo que acabou por conformar-se na via jurisprudencial—, cada reclamação, cada ação de improbidade, cada correição, cada ação cautelar, cada uma delas implica na manutenção do mandado de segurança numa trincheira anacrônica e particularmente inútil. Porque, se útil foi o mandado de segurança, o foi em seu momento histórico de auge e glória, quando campeava como paladino da liberdade confrontando-se com um modelo processual caquético e anacrônico.

Agora, confrontado com o processo civil contemporâneo, altamente comprometido com a efetividade, que adota uma perspectiva hermenêutica procedimentalista aberta ao direito substancial, informado pelo princípio da plenitude dos instrumentos e técnicas processuais, flexibilizados à luz da necessária fungibilidade, quer entre tutelas em sentido estrito, quer entre as técnicas de tutela, onde o juiz está munido de poderes para alcançar com provimentos mandamentais de ofício, qualquer sujeito do processo, e, mesmo, quem sequer seja sujeito, mas possa, de qualquer forma colaborar com o resultado do processo, então confrontado o mandado de segurança com esse Sansão pós-moderno, o mandado de segurança assemelha-se a um Davi que nunca se apresentou ao Rei Saul e, portanto, nunca poderia ter entrado para a história. Pior: o mandado de segurança está hoje para a história como esteve Pôncio Pilatos, que, diante de uma realidade social manifesta, preferiu a solução formal que o livrou da pressão momentânea, porém, não o livrou pressão da consciência, pois onde quer que esteja, se não recebeu o beneplácito do perdão divino, há de arder no fogo atizado por sua omissão momentaneamente apaziguadora.

Porém, como salvar o mandado de segurança? Mas, será realmente necessário salvá-lo? Se hoje, houvesse uma decisão, já tardia, no sentido de introduzir um processo documental genérico, que reproduzisse somente o aspecto positivo do mandado de segurança, consistente na redução do módulo de prova, pronto! Fim da história! Essa tutela de segurança decretaria o fim da glória do mandado de segurança. Mas, já não se pode construir uma tutela de segurança adequada, inclusive com o procedimento documental? Claro que sim. O modelo processual

contemporâneo tem essa marca específica: possibilita a construção de tutelas adequadas às peculiaridades do direito substancial.

Mas devemos salvar o mandado de segurança, por quê? Porque ele serve para conter o arbítrio do Poder Público? Mas cadê o mandado de segurança para conter o arbítrio do Suserano Privado, que hoje, sem dúvida, põe o Poder Público a seus pés, dita-lhe políticas públicas, privatiza os benefícios e socializa os custos, reduz o Estado a um mero braço armado legítimo, revestido de coercitividade legítima? Então, cadê? Esse “mandado de segurança contra condutas do Suserano Privado;” e facilmente construído com o farto material oferecido pelos pressupostos teóricos do processo civil contemporâneo, com seu princípio da plenitude dos instrumentos e técnicas processuais, mediante a plasticidade e flexibilidade adequadas às peculiaridades do direito substancial.

Vamos às propostas. E são poucas.

1. resgatar o aspecto de necessidade do mandado de segurança, atendendo, ainda que tardiamente, o apelo de Muniz Barreto para que se criasse um instrumento processual capaz de tutelar adequadamente todos os direitos em relação a todos os atos de violação de ou ameaça de violação, independente do autor do ilícito, instituindo um mandado de segurança, de natureza constitucional, para o controle dos atos do Poder Público, e um mandado de segurança de natureza, infraconstitucional, para o controle dos atos dos particulares. Sem temor de rotular o instituto processual infraconstitucional de mandado de segurança, para aproveitar a experiência e o prestígio que esse modelo de tutela gozou em determinado momento histórico. Apenas, qualificando-o a fim de que não gere confusões desnecessárias.

2. Manter o mandado de segurança como modo de tutela de natureza documental, porém, flexibilizando-o, atribuindo-lhe plasticidade suficiente para acomodar pretensão de natureza pecuniária, sem limite temporal, com mecanismos de tutelas diferenciadas.

3. Mesmo o mandado de segurança, em seu modelo processual documental, deve ser flexibilizado para permitir a conversão de seu módulo de prova reduzido em módulo de prova com dilação superveniente, evitando-se a extinção do processo com a mera declaração de inexistência do direito líquido e certo, hoje considerada, ainda na praxe forense, como extinção do processo sem julgamento do mérito.

4. Aproveitar o modelo de técnica de tutela diferenciada, positivada no art. 811, parágrafo único do Código de Processo Civil, para o fim de considerar a sentença, em seu momento de declaração de existência do direito à segurança (no caso de sentença de mérito favorável), como fonte de efeitos materiais secundários, colhendo-a como fato jurisdicional ao qual lhe é agregada eficácia executiva, permitindo, no mesmo processo, a liquidação, se ainda for necessária, em quaisquer dos modelos previstos para a execução em sentido estrito.

5. Considerar o momento de propositura do mandado de segurança como momento de interrupção do prazo de prescrição relativa aos direitos controvertidos no mandado de segurança e aqueles considerados como efeitos materiais secundários da sentença declaratória de procedência.

6. Considerar a indicação da autoridade coatora como mero requisito, apenas para identificar, *a posteriori*, quem deve suportar a sanção coercitiva indireta.

7. Prever, de modo expresso, quais os casos e as medidas albergadas no âmbito das técnicas coercitivas diretas.

8. Prever a conversão do mandado de segurança voltado contra o ilícito em mandado de segurança voltado contra o dano, mantendo-se seu caráter célere e de pronta efetividade, para a tutela dos direitos fundamentais conexos ou derivados do direito não mais tutelável na forma específica.

9. Prever, expressamente, a tutela ressarcitória na forma específica, inclusive com o dever de solicitação de suplementação de dotação orçamentária para o fim de atender ao mandamento de ressarcimento na forma específica.

Por fim, para que não reste dúvida, registre-se que as propostas apresentadas atendem à necessidade que muitos têm de ver disciplinada, na Lei, aquilo que o sistema oferece em abundância. Portanto, as propostas não retiram o cabimento de seu emprego, desde já, pois desde antes já poderiam ser adotadas, à luz da nova dogmática do processo civil contemporâneo.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Daniela Ferro. *Do mandado de segurança e a questão da execução provisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ALVIM, José Manoel de Arruda. *Manual de direito processual civil*. 5. ed. v. I, II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____. Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 39, p. 16-26, jul./set. 1985.

_____. *Mandado de segurança, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A sentença no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 2, p. 13-94.

_____. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 51-106, jan./mar. 2000.

ANDOLINA, Italo. *Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale*. Milano: Giuffrè, 1983.

ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação constitucional e as garantias institucionais dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

ARAÚJO JÚNIOR, Luiz Rodolfo. *Do litisconsórcio necessário passivo em mandado de segurança*. Recife, 1964.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ARIETA, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza*. Padova: CEDAM, 1985.

ARMELIN, Donaldo. A tutela jurisdicional cautelar. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 23, p. 93-105, jun. 1985.

_____. Tutelas jurisdicionais diferenciadas. In: MARINONI, Luiz Guilherme. *O Processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

ARNAUD, André-Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Manual do processo de execução*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, José de. *Do mandado de segurança contra ato judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987 e 10. ed. revista e aumentada por Eliana Barbi Botelho. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Perspectivas do mandado de segurança. In *Estudos sobre o mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1963.

_____. *A proteção do cidadão contra atos ilegais da Administração pública no Brasil*. Giuffré Editore, 1979.

BARRETO FILHO, Alberto Deodato Maia. Mandado de segurança preventivo e lei em tese. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BARROS, Hamilton Moraes e. *As liminares do mandado de segurança*. Rio de Janeiro, 1963.

_____. Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no código de processo civil de 1973. *Revista Forense*, n. 246.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERGAMINI, Adolfo. *O processo do mandado de segurança*. Alvino Filho Ed., 1936.

BIDART, Adolfo Gelsi. Tutela procesal diferenciada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, p. 100-105, out./dez. 1986.

BIELSA, Rafael. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Libreria y Editorial, 1947.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *A constituição aberta*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. *O poder público em juízo*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Liminar em mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. As class actions norteamericanas e as ações coletivas brasileiras: ponto para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, p. 92-149, abr./jun. 1996.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. *Revista Forense*, n. 164, p. 7-16.

_____. Do mandado de segurança. *Revista de Direito Administrativo*, n. 44, p. 26-40.

_____. *Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)*, *Revista da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo*, n. 56 p. 172-231, 1961.

_____. *Do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providências cautelares*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1945.

_____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 03.

CALVOSA, Carlo. *La tutela cautelare*. Unione Tipografico - Editrice Torinese.

_____. Provvedimenti d'urgenza. *Novissimo Digesto Italiano*. v. 14.

_____. *I processo cautelari*. 1970.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Mandado de segurança: cabimento, pressupostos e procedimento da impetração preventiva*. São Paulo: LEUD, 2002.

CANAN, Ricardo. Tutela inibitória – Mandado de segurança contra ato de particular. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*. Toledo. v. 4, n. 2, p. 85-108, jul./dez. 2001.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruta Prohibida*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta. 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Accesso alla giustizia come programma di riforma e come método de pensiero. *Rivista di Diritto Processuale*, 1982.

_____. Algumas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 64.

_____. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho processual civil*. v. I. Trad. esp. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires, 1939.

_____. *Sistema de direito processual civil*. v. I, II, III, IV. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Instituições do processo civil*. v. I, II, III. Trad. Adrián S. De Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Jovene, 1958.

CARPI, Federico. Flashes sulla tutela giurisdizionale differenziata. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. La tutela d'urgenza fra cautela, sentenza anticipata e giudizio di merito. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 40.

CASTRO FILHO, José Olimpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação constitucional e prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*, 1905.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do mandado de segurança*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

_____. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CHAVES, Alfredo Guimarães. O mandado de segurança – prazo de decadência. *Revista Forense*, n. 127, p. 606.

CHAVES, Pires. *Competência em mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. v. I. Roma, 1930.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Principii di diritto processuale civile*. Nápoli: Jovene, 1965.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo*. São Paulo: Saraiva, 1985.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

COQUEIJO, Costa. *Mandado de segurança e controle constitucional*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1987.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas preventivas, medidas preparatórias e medidas de conservação*. Belo Horizonte, 1958.

COSTA, José Josino da. *Jurisprudência do mandado* (exegese do artigo 141, § 24, da Constituição Federal e da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951). Fortaleza: Ed. Jurídica, 1957.

COSTA, Moacyr Lobo da. Recursos em mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 418, p. 30, 1970.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. *Mandado de segurança: da suspensão de segurança no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à lei do mandado de segurança*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Manual de direito administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Do mandado de segurança coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CUNHA, Alcides Munhoz da. *Comentários ao código de processo civil*. v. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A lide cautelar no processo civil*. Curitiba: Juruá, 1992.

CRUZ, Sebastião C. Velasco. *Globalização, neoliberalismo e o papel do Estado*. Disponível em: <http://www.pro.br/biblio>. Acesso: 07.12.00.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O mandado de segurança na Constituição Brasileira. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 418, p. 11, 1970.

_____. A função do Ministério Público no Mandado de segurança. *Revista Forense*, n. 201, p. 30.

DI MAJO, Adolfo. *La tutela civile dei diritti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Execução civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, p. 54-81, jan./mar. 1996.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. v. I, II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. I, II, III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *A reforma do código de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. A função das cortes supremas na América Latina. *Relatório Latino-americano para o Congresso da Associação Internacional do Direito Processual*. Disponível em: <http://www.forenses.com.br/Atualida/Artigos>.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Manual do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DUARTE, Francisco Carlos. Medidas coercitivas civis e efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 70, p. 214-225, abr./jun. 1993.

ESTELITA, Guilherme. Mandado de segurança contra ato jurisdicional. *Revista Forense*, n. 132, p. 341.

FURTADO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. In: GIORGIS, José Carlos Teixeira. *Inovações do código de processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

FADEL, Sérgio Sahione. *Teoria e prática do mandado de segurança*. 2. ed. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1976.

FAGUNDES, Miguel Seabra. A nova Constituição e o mandado de segurança. *Revista Forense*, n. 219, p. 5-8, 1967.

FAZZALARI, Elio. *Lezioni di diritto processuale civile*. V. I, II. Padova: CEDAM, 1985.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Sérgio (Org.). *Cinquenta anos de mandado de segurança*. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. *Mandado de segurança (individual e coletivo) – aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. A autoridade coatora e o sujeito passivo no mandado de segurança. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Hector. Los derechos humanos y su protección jurídica y procesal en latinoamérica. In: VALADÉS, Diego; GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (Coord.). *Derechos humanos: memoria del V Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. Disponível em: <http://www.bibliojuridica.org>.

FONSECA, Priscila Corrêa. *Suspensão de deliberações sociais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Do mandado de segurança nas desapropriações*. Curitiba: Genesis, 1995.

FREIRE, Aderbal. Mandado de segurança contra decisões Judiciais. *Revista Forense*, n. 130, p. 359.

FRIEDE, F. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FRISINA, Pasquale. La tutela anticipatoria: profili funzionali e strutturali. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 41.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GONÇALVES, Benedito. *Mandado de segurança: legitimidade ativa das associações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 79, p. 65-76, jul./set. 1995.

_____. Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Liberdades públicas e processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GROSSEN, Jacques Michel. L'azione preventiva. *Rivista di Diritto Processuale*. v. XIV.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 1987.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao código de processo civil*. v. VIII. tomo I, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Mandados e sentenças liminares. *Revista Forense* n. 236.

LEAL, Víctor Nunes. *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. v. 1. Trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença*. 3. ed. Notas de Ada Pelegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Processo de execução*. 5. ed. Notas de Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Unità del procedimento cautelare. In: *Problemi del processo civile*. Milano: Morano Editore, 1962.

_____. Diritto costituzionale e processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, 1952.

LIMA, Alcides de Mendonça. Efeitos do agravo de petição no despacho concessivo de medida liminar em mandado de segurança. *Revista Forense* n. 178, p. 462-466.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

LOPES, João Batista. *Ação declaratória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Medidas cautelares inominadas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 605.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *La tutela civil inhibitoria*. Buenos Aires: La Ley, 1995.

_____. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; Luiz Rodrigues Wambier. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACIEL, Adhemar Ferreira. Observações sobre a liminar no mandado de segurança. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Mandado de segurança. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 100, p. 165-168, 1991.

MALACHINI, Edson Ribas. ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. v. 10. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANDRIOLI, Crisanto. I provvedimenti d'urgenza: deviazioni e proposte. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 40.

_____. *Corso di diritto processuale civile*. v. 1. 10. ed. Torino: Giappichelli, 1995.

MARCATO, Antonio Carlos. *O processo monitorio brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

_____. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A antecipação da tutela*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *A segunda etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 1, 2, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Marca comercial, direito de invento, direito autoral, etc. Impropriedade do uso das ações possessória, cominatória e cautelar. Cabimento da ação inibitória. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 768, p. 21-38, out. 1999.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINETO, Giuseppe. Contraddittorio. *Novissimo Digesto Italiano*. vol. 4.

MATTEI, Ugo. *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*. Milano: Giuffrè, 1987.

MEIRA, Augusto. O mandado de segurança. *Revista Forense*, n. 97, p. 772.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança e ação popular*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Mandado de segurança*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

_____. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

MENDONÇA, Meroveu. Mandado de segurança contra ato judicial. *Revista Forense*, n. 115, p. 362.

MESQUITA, J. Botelho de. Da propositura do mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 418, p. 19, 1970.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Temas de direito processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Tutela específica do credor nas obrigações negativas. In: *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de direito processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. Mandado de segurança – uma apresentação. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 72, p. 07-15, out./dez. 1993.

_____. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *Revista Forense*, n. 331, p. 139-148.

_____. *O novo processo civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. A sentença mandamental da Alemanha ao Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 251-264, jan./mar. 2000.

MORELLO, Augusto Mario. Las Nuevas Exigencias de Tutela. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 31.

MONTESANO, Luigi. *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*. Nápoli: Jovene, 1955.

NAVA, Carlos de Silva. *Papel de los jueces mexicanos como guardiones del procedimiento*. Disponível em: <http://www.iadb.org..>

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Atualidades sobre o processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Celso. *Contribuição ao estudo da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1971.

NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.) *Estudos em Comemoração aos 20 Anos do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUNES, Castro. *Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos do poder público*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

NUNES, Luiz Antonio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ORIONE NETO, Luiz e CHAIM; Sérgio Michel de Almeida. Sentenças Mandamentais e Determinativas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 15.

PARÁ FILHO, Tomás. A execução no mandado de segurança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 418, p. 41, 1970.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O mandado de segurança contra atos jurisdicionais. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Cidadania tutelada. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 72, p. 124-143, out./dez. 1993.

_____. Tutela jurisdicional das liberdades. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 85-94, abr./jun. 1998.

_____. *Comentários ao código de processo civil*, v. III, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data (constituição e processo)*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PICANÇO, Melquíades. *Mandado de segurança (história, doutrina, legislação, processo, jurisprudência)*. Liv. Jacinto Ed., 1937.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Mandado de segurança: ato coator e autoridade coatora. In: GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PIETROBON, Vittorino. *Illecito e fatto illecito inibitoria e risarcimento*. Padova: Cedam, 1999.

PISANI, Andrea Proto. La tutela sommaria in generale e il procedimento per ingiunzione nell'ordinamento italiano. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 90, p. 22-35, abr./jun. 1998.

_____. Chiovenda e la tutela cautelare. *Rivista di Diritto Processuale*. v. 43.

PODETTI, J. Ramiro. *Tratado de las medidas cautelares*. Buenos Aires: Ediar, 1956.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. t. I, IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

_____. *Comentários ao código de processo civil*. t. I e XII. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Comentários ao código de processo civil (1939)*. t. VIII e IX. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Comentários à Constituição de 1967*. t. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Tratado da ação rescisória*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.

POP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995.

PUGLIESE, Giovanni. *Cognitio. Novissimo Digesto Italiano*. v. 3.

RAPISARDA, Cristina. *Profili della tutela civile inibitoria*. Padova: Cedam, 1987.

_____. *Inibitoria (azione)*. *Enciclopedia Giuridica Treccani*. v. 17.

REIS, Nilson. *Mandado de segurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REMÉDIO, José Antonio. *O mandado de segurança na jurisprudência: direito material e processual*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCCO, Ugo. *Trattato di diritto processuale civile*. v. 5. 2. ed. Torino: UTET.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. t. III. Trad. esp. Angela Romera Vera. Buenos Aires: Europa-América, 1955.

SABSAY, Daniel Alberto. El amparo colectivo consagrado por la reforma constitucional del 1994. In: *Cuadernos de análisis jurídico*, n. 7. Série Publicaciones Especiales. Buenos Aires: Ed. Felipe González Morales, abril de 1997, p. 387- 405.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. *Mandado de segurança*. São Paulo: Atlas, 1998.

SALVI, Cesare. Legittimità e “razionalità” dell’art, 844 codice civile, *Giurisprudenza Italiana*, 1975.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 2. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1990.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Procedimento monitorio. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, p. 24-31, jan./mar. 1996.

SANTOS, Ulderico Pires dos. *O mandado de segurança na doutrina e na jurisprudência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. *Do mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. *Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data, ação popular – as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional*. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. v. 1, 2, 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Do processo cautelar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. XI. 2. ed. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1986.

_____. *Ação de imissão de posse*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Jurisdição e execução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Tutela antecipatória e juízos de verossimilhança. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.

SILVEIRA, José dos Santos. *Processos de natureza preventiva e preparatória*. Coimbra: Livraria dos Advogados, 1966.

SOARES, Fernando Luso. *Direito Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1980.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. *Tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela monitoria*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A efetivação da liminar em mandado de segurança. In: YARSHELL, Flávio Luiz. 50 anos da Lei do mandado de segurança. Revista do Advogado, São Paulo, n. 64, p. 49-57, out. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As inovações no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

TOMMASEO, Ferruccio. *I provvedimenti d'urgenza - struttura e limiti della tutela anticipatória*. Padova: CEDAM, 1983.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *"Class action" e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Ação monitoria*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Processo civil, realidade e justiça*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TUCCI, Rogério Lauria. *Mandado de segurança contra ato jurisdicional penal*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____ e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Devido processo legal e tutela jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

UGGERE, Carlos Alberto Pimentel. *Mandado de segurança coletivo*. Curitiba: Juruá, 1999.

VARGAS, Jorge de Oliveira. *As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível*. Curitiba: Juruá, 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. As novas garantias constitucionais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 644, p. 7-17, 1989.

VERDE, Giovanni. L'attuazione della tutela d'urgenza. *Rivista di Diritto Processuale*. V. 40.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1953.

_____. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. *Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 1953.

YARSHEL, Flávio, Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade*. São Paulo: Malheiros, 1993.

WALD, Arnaldo. *Do mandado de segurança na prática judiciária*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1966.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Tutela jurisdicional das liberdades públicas*. Curitiba: Juruá, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional e mandado de segurança contra atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. *Da cognição no processo civil*. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 66, p. 19-51, 1996.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: aspectos processuais controvertidos*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

ZANZUCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. v. I. Milano: Giuffrè, 1964.